Die Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte

(Le recours pour excès de pouvoir)

im französischen Verwaltungsrecht

Rudolf Schmidt

1967

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546019_0008

DIE ANFECHTUNGSKLAGE GEGEN VERWALTUNGSAKTE
(le recours pour excès de pouvoir)
IM FRANZÖSISCHEN VERWALTUNGSRECHT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Rudolf Schmidt

München 1967

LEIDIG-DRUCK, 8000 München-25, Schöttlstr. 9, Tel. 77 26 33

Referent: Professor Dr. Th. MAUNZ
Korreferent: Professor Dr. E. STEINDORFF

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Februar 1967

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

GLIEDERUNG

Seite

A. EINFÜHRUNG

I. § 1. Der REP in der Geschichte 1
II. § 2. Das Wesen des REP heute 7
III. § 3. Methode und Aufbau 13

B. ERSTER HAUPTTEIL

Die Zulässigkeit des REP

I. 1. § 4. Verwaltungsakte und privatrechtliche Akte 15
2. § 5. Verwaltungsakte und Akte der ordentlichen Gerichte 39
3. § 6. Verwaltungsakte und gerichtliche Entscheidungen 49
4. § 7. Verwaltungsakte und Gesetzgebungsakte 55
5. § 8. Verwaltungsakte und Regierungsakte 78
6. § 9. Beeinträchtigende Natur des Aktes 109

II. Die anfechtungsberechtigten Personen

1. § 10. Partei- und Prozeßfähigkeit 129
2. § 11. Das Interesse 130

III. Art und Weise der Anfechtung

1. § 12. Der Recours parallèle als negative Zulässigkeitsvoraussetzung 168
2. § 13. Die Form des REP 170
3. § 14. Die Frist für die Einlegung des REP 171

Seite

C. ZWEITER HAUPTTEIL

Die Begründetheit des REP

I. § 15. Elemente des Begriffes Legalität 174

II. § 16. Die einzelnen Aufhebungsgründe (cas d'ouverture) 182

III. § 17. Der Richter und die Legalität 202

D. DRITTER HAUPTTEIL

Wirkungen des REP

I. § 18. Allgemeines 219

II. § 19. Wirkungen der Einlegung des REP 221

III. § 20. Wirkungen der Entscheidung 223

Abkürzungsverzeichnis III.

Literaturverzeichnis IV.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AJDA	Actualités juridiques - Droit administratif (Zeitschrift)
Ass.	Association
CE	Conseil d'Etat
D.	Recueil Dalloz (Zeitschrift) Der Zusatz "Chron." (Chroniques) bezeichnet den ersten Teil der Zeitschrift, in dem die Aufsätze enthalten sind.
D. H.	Dalloz Hebdomadaire (Zeitschrift)
D. A.	Droit administratif
D. soc.	Droit social (Zeitschrift)
EDCE	Conseil d'Etat - Etudes et Documents (Zeitschrift)
GA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Par LONG, WEIL et BRAIBANT. 4e éd. 1965
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (Zeitschrift)
JCP	La Semaine juridique - Jurisclasseur périodique (Zeitschrift)
R. adm.	Revue administrative (Zeitschrift)
RAP	Règlement d'administration publique
Rec.	Recueil des arrêts du CE (Recueil Lebon) Erscheint jährlich seit 1840
RDP	Revue du droit public et de la science politique (Zeitschrift)
REP	Recours pour excès de pouvoir
RISA	Revue internationale des sciences administratives (Zeitschrift)
RPDA	Revue pratique de droit administratif (Zeitschrift)
S.	Recueil Sirey (Zeitschrift) In Teil III waren bis 1955 die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen enthalten
SA	Société anonyme
Soc.	Société
Zsfg.	Zusammenfassung

Im übrigen wurden die üblichen Abkürzungen verwendet. Siehe das Verzeichnis bei Eyermann-Fröhler, Komm. zur VwGO.

LITERATURVERZEICHNIS

I. Französische Literatur

1. Systematische Werke

AUBY, Jean-Marie et DRAGO, Roland: Traité du contentieux administratif. 3 Bde. Paris 1962
Zit.: Auby-Drago

BARTHELEMY, Joseph et DUEZ, Paul: Traité de droit constitutionnel. Paris 1933

BONNARD, Roger: Précis de droit administratif. 4e éd. Paris 1943
Zit.: Bonnard, Précis

BURDEAU, Georges: Droit constitutionnel et institutions politiques. 11e éd. Paris 1965
Zit.: Burdeau, Droit constitutionnel

CORNU, Gérard et FOYER, Jean: Procédure civile. Paris 1958
Zit.: Cornu-Foyer, Procédure civile.

CUCHE, Paul et VINCENT, Jean: Procédure civile et commerciale. 13e éd. Paris 1963
Zit.: Cuche-Vincent, Procédure civile

DUEZ, Paul et DEBEYRE, Guy: Traité de droit administratif. Paris 1952
Zit.: Duez-Debeyre, Traité

DUGUIT, Léon: Traité de droit constitutionnel. 2e éd. 5 Bde. Paris 1921 - 1925
Zit.: Duguit, Droit constitutionnel

ELLUL, Jacques: Histoire des institutions de l'époque franque à la Revolution. 4e éd. Paris 1964

HAURIOU, Maurice: Précis de droit administratif et de droit public. 4e éd. Paris 1901
12e éd. par André Hauriou. Paris 1933
Zit.: Hauriou, Précis

JURISCLASSEUR ADMINISTRATIF. 5 Bde. Paris o. J.
(fortlaufend ergänzte Loseblattsammlung)

LAFERRIERE, Edouard: Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. 2 Bde. Paris 1887/88
Zit.: Laferrière, Traité

LAUBADERE, André de: Traité élémentaire de droit administratif. 3e éd. 2 Bde. Paris 1963
Zit.: Laubadère, Traité (Soweit nicht anders angegeben, ist der 1. Bd. zit.)

ODENT, Raymond: Contentieux administratif. "Les Cours de Droit". 3 Bde. Paris 1961/62

PRELOT, Marcel: Institutions politiques et droit constitutionnel. 3e éd. Paris 1963
Zit.: Prélot, Droit constitutionnel

RIVERO, Jean: Droit administratif. 2e éd. Paris 1962
Zit.: Rivero, D.A.

ROLLAND, Louis: Précis de droit administratif. 11e éd. Paris 1957
Zit.: Rolland, Précis

VEDEL, Georges: Droit administratif. 3e éd. Paris 1964
Zit.: Vedel, D.A.

WALINE, Marcel: Traité élémentaire de droit administratif. 9e éd. Paris 1963
Zit.: Waline, Traité

Eine Sammlung wichtiger Entscheidungen mit Anmerkungen bieten LONG, WEIL et BRAIBANT: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. 4e éd. Paris 1965
Zit.: GA

2. Monographien, Thèses, Beiträge in Festschriften

ALIBERT, Raphaël: Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir.
Paris 1926
Zit.: Alibert, Le contrôle

AUBY, Jean-Marie: La théorie de l'inexistence des actes administratifs.
Thèse Paris 1951

AUCOC, Léon: Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789.
Paris 1876

BARTHELEMY, Joseph: Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français. Thèse Toulouse 1899

BLECKMANN, Albert: La qualité pour agir dans le recours pour excès de pouvoir en droit français et allemand.
Thèse Grenoble 1960

CAPITANT, René: De la notion des actes de gouvernement.
In: Mélanges Julliot de la Morandière. Paris 1964 S. 99ff.

CARRE DE MALBERG, Raymond: La loi, expression de la volonté générale.
Paris 1931

Ders.: Confrontation de la théorie de la formation du droit par dégré avec le droit positif français.
Paris 1933

CHARLIER, R.-E.: Vicissitudes de la loi. In: Mélanges Maury. Paris 1960. Bd. 2 S. 303ff.

COLLIARD, Claude-Albert: La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.
Mélanges Mestre. Paris 1956 S. 115ff.

DE CORAIL, Jean-Louis: La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français.
Paris 1954 (Thèse Toulouse 1952)

DUBISSON, Michel: La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir. Paris 1957

DUEZ, Paul: Les actes de gouvernement. Paris 1935

DUPEYROUX, Olivier: La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs. Paris 1953

DURAND, Charles: Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien. Paris 1949

EISENMANN, Charles: L'arrêt Monpeurt, légende et réalité. In: L'Evolution du Droit Public. Mélanges Mestre Paris 1956 S. 221ff.

Ders.: Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français In: Mélanges Maury. Paris 1960. Bd. 2 S. 379ff.

GOUR, Claude-Gilles: Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif. Paris 1959 (Thèse Toulouse 1958)

IMBERT, Louis: L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872 - 1900). Paris 1952

KORNPROBST, Bruno: La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir. Paris 1959 (Thèse Aix 1958)

LAFERRIERE, Julien: La raison de la proclamation de la séparation des autorités administrative et judiciaire par la Constituante. In: Mélanges Negulesco. Paris 1935 S. 427ff.

LANDON, Pierre: Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue. Thèse Paris 1942

Ders.: Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954. Paris 1962

MATHIOT, Gilbert: La théorie des circonstances exceptionnelles. In: L'Evolution du Droit Public. Mélanges Mestre. Paris 1956 S. 413ff.

NGUYEN VAN BONG: Décision exécutoire et décision faisant grief. Thèse Paris 1960

NIZARD, Paul: Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative. Paris 1959

QUERMONNE, Jean-Louis: Artikel "Loi" in: Dalloz, Encyclopédie juridique. Droit administratif. Bd. 2 Paris 1952 S. 297ff.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: Du contrat social. Ed. Bertand de Jouvenel. Genève 1947

ROUSSET, Michel: L'idée de puissance publique en droit administratif. Thèse Grenoble 1960

STASSINOPOULOS, Michel: Traité des actes administratifs. Athènes 1954

TOCQUEVILLE, Alexis de: L'Ancien Régime et la Révolution. Ed. J.-P. Mayer. Paris 1964

VENEZIA, Jean-Claude: Le pouvoir discrétionnaire. Paris 1959

WEIL, Prosper: Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir. Paris 1952

WELTER, Henri: Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative. Thèse Nancy 1929

3. Aufsätze in Zeitschriften

BONNARD, Roger: Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir.
RDP 1923 S. 363ff.

BOURDONCLE, René: L'arrêt du Conseil d'Etat du 12 févr. 1960, Soc. Eky, et la limitation du pouvoir constituant. S. 1960 Chron.
S. 63ff.

BRAIBANT, Guy: Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir. EDCE 1961 S. 53ff.

Ders.: L'arrêt "Syndicat général des ingénieurs-conseils" et la théorie des principes généraux du droit.
EDCE 1962 S. 67ff.

CHAPUS, René: L'acte de gouvernement, monstre ou victime?
D. 1958 Chron. S. 5ff.

Ders.: De la soumission au droit des règlements autonomes.
D. 1960 Chron. S. 118

CHARLIER, R.-E.: Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives. JCP 1954 I 1169

COCATRE-ZILGIEN, André: Recours pour excès de pouvoir et contrat dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français. RISA 1956 Heft 1
S. 87ff.

DEBBASCH, Charles: Les ordonnances de l'art. 38 dans la Constitution du 4 oct. 1958. JCP 1962 I 1701

DEBEYRE, Guy: Le recours pour excès de pouvoir et le contrat. RDP 1938
S. 215ff.

DE SOTO, Jean: La loi et le règlement dans la Constitution du 4 oct. 1958.
RDP 1958 S. 240ff.

DRAGO, Roland: La réforme du Conseil d'Etat. AJDA 1963 S. 524ff.

DURAND, Paul: La décadence de la loi dans la Constitution de 1958.
JCP 1959 I 1470

EISENMANN, Charles: Le droit administratif et le principe de légalité.
EDCE 1957 S. 25ff.

GABOLDE, Christian: L'exception d'urgence en droit administratif. D. 1952 Chron. S. 41ff.

Ders.: L'évolution du recours dans l'intérêt de la loi en matière administrative. D. 1958 Chron. S. 81ff.

GAZIER, François: Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950. EDCE 1951 S. 77ff.

GENY, François: De l'inconstitutionnalité des lois ou des autres actes de l'autorité publique et des sanctions qu'elle comporte dans le droit nouveau de la IVe République française. JCP 1947 I 613

GEORGEL, Jacques: Aspects du préambule de la Constitution du 4 oct. 1958. RDP 1960 S. 85ff.

GONIDEC, P.F.: Contrat et recours pour excès de pouvoir. RDP 1950 S. 58ff.

GROSHENS, Jean-Claude: Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés. AJDA 1966 S. 140ff.

HAMON, Léo: Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière. D. 1960 Chron. S. 253ff.

HEURTE, André: La notion d'ordre public dans la procédure administrative. RDP 1957 S. 71ff.

LAMARQUE, Jean: La théorie de la nécessité et l'art. 16 de la Constitution de 1958. RDP 1961 S. 558ff.

Ders.: Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'art. 16. JCP 1954 I 1169

LAMPUE, Pierre: L'acte juridictionnel. RDP 1946 S. 38ff.

Ders.: Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle. RISA 1954 S. 359ff.

LATOURNERIE, Roger: Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie? Convalescence? Ou jouvence? EDCE 1960 S. 61ff.

LAROQUE, Pierre: les juges français et le contrôle de la loi. RDP 1926 S. 722ff.

LAUBADERE, André de: Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français.
AJDA 1961 S. 591ff.

LEFAS, Aubert: Note sur les réformes que suggère la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux.
EDCE 1958 S. 83ff.

LETOURNEUR, Maxime: Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. EDCE 1951 S. 19ff.

Ders.: Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs.
EDCE 1955 S. 37ff.

LIET-VEAUX, Georges et VEAUX, David: De la compétence des juridictions administratives pour connaître de la validité des actes se rattachant au service de la justice judiciaire.
RDP 1945 S. 421ff.

L'HUILLIER, Jean: A propos de la "crise" de la notion de service public.
D. 1955 Chron. S. 119ff.

Ders.: Nouvelles réflexions sur le service public.
D. 1957 Chron. S. 91ff.

Ders.: La délimitation des domaines de la loi et du règlement.
D. 1959 Chron. S. 173ff.

MALEVILLE, Georges: Les décrets pris en application des art. 6 et 7 de la loi du 17 août 1948. EDCE 1954 S. 54 ff.

MIGNON, Maxime: Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. D. 1952 Chron. S. 45ff.

Ders.: Une évolution inachevée: La notion d'intérêt ouvrant le recours pour excès de pouvoir.
D. 1953 Chron. S. 121ff

MORANGE, Georges: La hiérarchie des textes dans la Constitution de 1958.
D. 1959 Chron. S. 21ff.

PUISOYE, Jacques: Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement. AJDA 1965 S. 211ff.

RIVERO, Jean: Le juge administratif français: un juge qui gouverne?
D. 1951 Chron. S. 21ff.

Ders.: Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif. Archives de philosophie du droit.
Nouvelle Série. 1952 S. 147ff.

RIVERO, Jean: Existe-t-il un critère du droit administratif? RDP 1953 S. 280ff.

Ders.: Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir. D. 1962 Chron. S. 37ff.

Ders.: Remarques à propos du pouvoir hiérarchique. AJDA 1966 S. 154f.

SALOMON, Jean: Les opérations préparant les élections devant le juge de l'excès de pouvoir. RDP 1957 S. 605ff.

SOUBEYROL, Jean: La définition de la loi et la Constitution de 1958. AJDA 1960 S. 123ff.

TIXIER, Gilbert: Les effets de l'expiration du délai du recours pour excès de pouvoir. D. 1957 Chron. S. 25ff.

VEDEL, Georges: Les bases constitutionnelles du droit administratif. EDCE 1954 S. 21ff.

VIDAL, Roger: L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative. RDP 1952 S. 275ff.

VIRALLY, Michel: L'introuvable acte de gouvernement. RDP 1952 S. 317ff.

WALINE, Marcel: Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958. RDP 1959 S. 699ff.

Ders.: A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent. RDP 1961 S. 8ff.

Ders.: Besprechung eines Sonderdrucks des Aufsatzes von LATOURNERIE (s. oben S. X). RDP 1961 S. 708ff.

4. Anmerkungen zu Entscheidungen

BRAIBANT zu CE vom 18. Juni 1954, Préfet du Var, S. 1954 III S. 93

DEBBASCH zu CE vom 22. Nov. 1963, Dalmas de Polignac, D. 1964 S. 161

EISENMANN zu CE vom 6. Nov. 1936, Arrighi u. Dame Coudert (2 Entsch.) D. 1938 III S. 2

HAURIOU zu CE vom 8. Dez. 1899, Ville d'Avignon, S. 1900 III S. 73
Ders. zu CE vom 7. Juni 1902, Maire de Néris-les-Bains, S. 1902 III S. 81
Ders. zu CE vom 11. Dez. 1903, Lot, S. 1904 III S. 113
Ders. zu CE vom 23. Juli 1909 und vom 22. Juli 1910, Fabrègues, S. 1911 III 121
Ders. zu CE vom 4. April 1914, Gomel, S. 1917 III S. 25
Ders. zu CE vom 28. Juni 1918, Heyriès, S. 1922 III S. 49
LONG zu CE vom 3. Dez. 1954, Rastouil, AJDA 1955 II bis S. 1
P.L. zu CE vom 6. Mai 1961, Tondert, S. 1961 III S. 81

MATHIOT zu CE vom 21. Juli 1949, Soc. des automobiles Berliet et Cie, und vom 22. Dez. 1949, SA des automobiles Berliet, S. 1951 III S. 1

RIVERO zu Tribunal des Conflits vom 2. Febr. 1950, Radiodiffusion française, JCP 1950 II 5542

VEDEL zu CE vom 8. Juni 1951, Hirschowitz, und vom 2. Nov. 1951, Tixier, JCP 1952 II 6810
Ders. zu CE vom 12. April 1953, Falco et Vidaillac, JCP 1953 II 7598
Ders. zu CE vom 23. Jan. 1953, Audouin, JCP 1954 II 7916

WALINE zu Tribunal des conflits vom 2. Febr. 1950, Radiodiffusion française, RDP 1950 S. 418
Ders. zu CE vom 29. Juni 1951, Syndicat de la raffinerie de soufre français, D. 1951 S. 661
Ders. zu CE vom 4. April 1952, Syndicat régional des quotidiens d'Algérie, RDP 1952 S. 1029
Ders. zu CE vom 17. April 1953, Falco et Vidaillac, RDP 1953 S. 448
Ders. zu CE vom 6. Okt. 1961, Groupement national d'achat des produits oléagineux, RDP 1962 S. 721

WEIL zu CE vom 18. Febr. 1961, Werquin, D. 1961 S. 611

II. Englische Literatur

HAMSON, Charles John: Executive discretion and judicial control. An aspect of the French Conseil d'Etat.
London 1954

III. Deutsche Literatur

1. Lehrbücher und Kommentare (Soweit ausdrücklich auf sie Bezug genommen wurde)

EYERMANN-FRÖHLER: Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar.
4. Aufl. München und Berlin 1965

FORSTHOFF, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts.
1. Bd. Allgemeiner Teil. 8. Aufl. München u. Berlin 1961
Zit.: Forsthoff

MAUNZ-DÜRIG: Grundgesetz. Kommentar. 2. Aufl. München und Berlin 1964.
Zit.: Maunz-Dürig

PLOG-WIEDOW: Kommentar zu Bundesbeamtengesetz. 1958

ULE, Carl-Hermann: Verwaltungsgerichtsbarkeit.
2. Aufl. Köln und Berlin 1962
Zit.: Ule, VwGO

VON MANGOLDT-KLEIN: Grundgesetz. Kommentar. Bd. 2
2. Aufl. Berlin und Frankfurt 1964

WOLFF, Hans J.: Verwaltungsrecht. Bd. 1. 6. Aufl. München und Berlin 1965

2. Monographien, Beiträge in Festschriften

BACHOF, Otto: Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht. In: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnis-Schrift für Walter Jellinek. München 1955. S. 287ff.

BETTERMANN, Karl-August: Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß. In: Staatsbürger und Staatsgewalt. Bd. 2 Karlsruhe 1963. S. 449ff.

BOTHE, Helmut: Der Staatsrat in Frankreich. Leipzig 1935

KRÜGER, Herbert: Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung. In: Festgabe für Smend. Göttingen 1952. S. 211ff.

LETOURNEUR, Maxime: Der Staatsrat als Organ der Verwaltungsrechtsprechung. In: Staatsbürger und Staatsgewalt. Bd. 1. Karlsruhe 1963. S. 337ff.

LÜCKING, Wilhelm: Grundlagen der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Würzburg 1955

STEINDORFF, Ernst: Die Nichtigkeitsklage (Le recours pour excès de pouvoir) im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl. Frankfurt 1952

Ders.: Rechtsschutz und Verfahren im Recht der europäischen Gemeinschaften. Baden-Baden 1964

3. Aufsätze in Zeitschriften

BERNHARDT, Rudolf: Die Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte. JZ 1963 S. 302ff.

BLECKMANN, Albert: Das schutzwürdige Interesse als Bedingung der Klagebefugnis am Beispiel des französischen Verwaltungsrechts. Verw. Arch. Bd. 49 (1958) S. 213ff.

DÜRIG, Günther: Anmerkung zu einer Entsch. des OVG Hamburg JZ 1961 S. 65

EISENMANN, Charles: Gerichtsfreie Hoheitsakte im französischen Recht. Jb. d. öff. R. NF Bd. 2 1953 S. 1ff.

GELZER: Zweifelsfragen zur Nachbarklage im öffentlichen Recht. NJW 1959 S. 1905ff.

GYGI, Fritz: Ein gesetzgeberischer Versuch zur Lösung des Problems des Klagerechts im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß. AöR Bd. 88 (1963) S. 411ff

HENRICHS, Wilhelm: Kommunalverfassungsstreitverfahren vor den Verwaltungsgerichten. DVBl. 1959 S. 548ff.

JESCH, Dietrich: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht. AöR Bd. 82 (1957) S. 163ff.

KRÜGER, Herbert: Die Aktivlegitimation der Wirtschaftsverbände im Verwaltungsstreitverfahren. MDR 1953 S. 518ff.

KUTSCH und VON KRAKEWITZ: Übernahme des Begriffs "service public" ins deutsche Recht? AöR Bd. 79 (1954) S. 431ff.

LANDON, Pierre: Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit. DVBl. 1954 S. 105ff.

LEDERER, Heino: Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz in Frankreich. AöR Bd. 81 (1956) S. 449ff.

OBERMAYER, Klaus: Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle. DVBl. 1965 S. 625ff.

PARTSCH, Karl Josef: Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht. Bericht der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht. Heft 6. Karlsruhe 1964

RENCK, Ludwig: Die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten eines Rechtsschutzes bei Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften. DÖV 1964 S. 651ff.

Ders.: Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Rechtsnormen. JuS 1966 S. 273ff.

RUPP, Hans Heinrich: Kommentare zur VwGO. AöR Bd. 88 S. 479ff.

SCHNUR, Roman: Die Krise des Begriffs der services publics im französischen Verwaltungsrecht. AöR Bd. 79 (1953/54) S. 418ff.

A. EINFÜHRUNG

I. § 1. Der recours pour excès de pouvoir in der Geschichte

Die Bindung der Verwaltung an das Gesetz stellt diese in den Dienst des Gemeinschaftswillens, der in den vom gewählten Parlament beschlossenen Regeln zum Ausdruck kommt. Sie sorgt für Gleichheit und damit Gerechtigkeit im Handeln der staatlichen Behörden gegenüber dem Einzelnen. Sie wahrt seine Interessen gegenüber einer Verwaltung, die nicht selten geneigt ist, über ihren Plänen für einen "reibungslosen Ablauf" des Gemeinschaftslebens den einzelnen Staatsbürger zu vergessen und die sogar manchmal Ziele verfolgt, die dem Gemeinwohl fremd sind.

Um die Bindung der Verwaltung an das Gesetz zu sichern, muß sie der Kontrolle durch eine Stelle unterworfen werden, die sachkundig ist, aber als einzige Aufgabe die Wahrung von Recht und Gesetz hat. In Frankreich war es mit Beginn des 19. Jahrhunderts der Conseil d'Etat (1), der diese Funktion übernahm. Als besonders wirksames Kontrollverfahren entwickelte er einen Rechtsbehelf, mit dem der Staatsbürger solche Akte der Verwaltung anfechten kann, die mit Rechtswirkungen ausgestattet sind und seine Interessen beeinträchtigen: den recours pour excès de pouvoir (im folgenden abgekürzt REP).

Einen Conseil d'Etat (im folgenden abgekürzt CE) hatte es schon, als zentrales Verwaltungs- und Regierungsorgan, im Ancien Régime gegeben(2). Er wurde neu eingerichtet durch die Verfassung des Jahres VIII, deren Art. 52 bestimmte:

> Unter der Leitung der Konsuln ist ein Conseil d'Etat damit beauftragt, die Gesetzesentwürfe und die Entwürfe der Verordnungen zu verfassen und die Schwierigkeiten zu lösen,

---

(1) Zur Geschichte des REP siehe Landon, Le REP sous le régime de la justice retenue. Thèse Paris 1942
Ders.: Histoire abrégée du REP des origines à 1954 Paris 1962
Imbert, L'évolution du REP (1872-1900). Paris 1952
Lampué, Le développement historique du REP depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle RISA 1954 S. 359

(2) Aucoc, Le CE avant et depuis 1789. Paris 1876
de Toqueville, L'ancien régime et la révolution. Ed. J.-P. Mayer. Paris 1964 S. 122 ff.

die sich auf dem Gebiet der Verwaltung ergeben. (3)

Dem CE wuchs daher die Aufgabe zu, über Beschwerden gegen untere Verwaltungsbehörden zu entscheiden. Er handelte aber dabei zunächst als Verwaltungsorgan und übernahm insofern die Funktionen, die im Ancien Régime der "Conseil d'Etat du Roi" erfüllt hatte.
Er annullierte Akte der Verwaltung, gegen die eine Beschwerde gerichtet wurde, insbesondere wegen Unzuständigkeit, aber auch schon wegen Verletzung der wesentlichen Formen (4) und wegen anderer Gesetzesverletzungen (5).

Der Ausdruck "excès de pouvoir" wurde in dieser Zeit angewendet, um besonders schwere Verstöße der Verwaltung gegen die Legalität zu kennzeichnen. Er wurde aus der Rechtsprechung der Cour de Cassation übernommen. Diese hatte von "excès de pouvoir" gesprochen, wenn sich die ordentliche Gerichtsbarkeit, entgegen dem Gesetz vom 16. - 24. August 1790, in Angelegenheiten der Verwaltung eingemischt hatte (6).

Durch Dekret vom 11. Juni 1806 wurden die "attributions contentieuses", die Entscheidung der Streitsachen, einem besonderen Ausschuß innerhalb des CE übertragen, der "Commission du Contentieux". Diese sollte im Laufe der nächsten Jahrzehnte in die Rolle eines obersten Verwaltungsgerichts hinein-

---

(3) Allgemein zur französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit:
Lücking, Grundlagen der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Würzburg 1955
Landon, Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1954, S. 205
Lederer, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz in Frankreich. AöR Bd. 81 S. 449 ff.
Speziell über den CE:
Durand: Etudes sur le CE napoléonien. Paris 1949
Bothe, Der Staatsrat in Frankreich. Leipzig 1935
Letourneur, Der Staatsrat als Organ der Verwaltungsrechtsprechung. In: Staatsbürger und Staatsgewalt. Bd.1 Karlsruhe 1963. S. 337 ff.
Über die Reform des CE von 1963:
Drago, La reforme du CE. AJDA 1963 S. 524 ff.

(4) CE vom 14. Juli 1811, Habitans de Montgars, Recueil des arrêts du CE Bd. 1, S. 285

(5) CE vom 16. Messidor des Jahres XIII, Lapeyrolerie, a.a.O., S. 35

(6) Vidal, L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative. RDP 1952 S. 275 ff., hier S. 277

wachsen. Durch Sachkenntnis und Unparteilichkeit gewann der CE nach und nach ein hohes Ansehen, das seinen Mitgliedern die persönliche Unabhängigkeit praktisch sicherte, auch wenn sie in keiner Vorschrift ausdrücklich garantiert war (und ist !).

Die Herausbildung des REP als eines selbständigen Rechtsbehelfs neben den anderen Streitsachen, die von der Commission du Contentieux entschieden wurden, begann unter der Restauration. In der Entscheidung vom 18. November 1818, Egret-Thomassin (7) sagte der CE ausdrücklich, die wegen Unzuständigkeit oder Befugnisüberschreitung angefochtenen Verwaltungsakte müßten vor ihn, den CE, gebracht werden. Für die anderen Rechtsbehelfe mußte er dagegen anerkennen, daß grundsätzlich der jeweils zuständige Minister zur Entscheidung berufen sei.

Die Stellung des CE unter der Restauration war gefährdet. Er war ja in seiner jetzigen Gestalt ein Werk Napoleons. Der CE entschied auch immer im Namen des Souverains, der sich theoretisch die Entscheidungsgewalt vorbehalten hatte (justice retenue). Praktisch sind aber in der Zeit der "justice retenue" (bis 1872) nur zwei Fälle bekannt geworden, in denen das jeweilige Staatsoberhaupt sich nicht an den Entscheidungsvorschlag des CE gehalten hat (8).

Unter der Juli-Monarchie festigte sich die Stellung des CE. Sein Verfahren wurde verbessert (Ordonnances vom 2. Februar und 12. März 1831). Der REP nahm mehr und mehr Form an. Als Zulässigkeitsvoraussetzungen tauchten das Interesse an der Anfechtung und die beeinträchtigende Natur des angefochtenen Aktes auf.

Die Verfassung der II. Republik bekräftigte im Art. 75 die Funktion des CE als Kontrollorgan für die Verwaltung. Ein Gesetz vom 3. März 1849, das aufgrund des Art. 75 der Verfassung erging, bestimmte:

> Der CE entscheidet in letzter Instanz über die Verwaltungsrechtsstreitigkeiten.

Trotz des wenig liberalen Charakters des Regimes genoß der CE auch unter dem zweiten Kaiserreich eine privilegierte Stellung. Die Regierung wollte offenbar die Beschränkungen der politischen Freiheit durch gutes Funktionieren der Verwaltung ausgleichen. Insbesondere der REP wurde nach dem

---

(7) Recueil des arrêts du CE Bd. 2, S.424: "Considérant qu c'est devant nous et en notre CE que doivent être déférés les actes administratifs attaqués pour incompétence ou excès de pouvoir ..."

(8) Vedel, D.A. S. 65

berühmten Ausdruck von Aucoc ein "Sicherheitsventil" (soupape de sûreté).

Auf Anregung des Commissaire du Gouvernement (9) Robert zu der Entscheidung des CE vom 21. Juni 1864, Académie des Beaux-Arts (10) wurde durch Dekret vom 2. November 1864 der Anwaltszwang für den REP abgeschafft und eine Kostenermäßigung angeordnet. Um diese Vorteile möglichst vielen zukommen zu lassen, vereinigte der CE die bis dahin selbständige Klage "wegen Verletzung des Gesetzes und wohlerworbener Rechte" mit dem REP (siehe dazu unten B II 2). Außerdem dehnte er den Umfang seiner Kontrolle aus (11). Die Wirkung war eine Verdoppelung der Zahl der REP in wenigen Jahren.

Die erste ausdrückliche gesetzliche Regelung des REP erfolgte in dem Gesetz vom 24. Mai 1872, dessen Art. 9 bestimmte:

> Der CE entscheidet souverän ... über die Anträge auf Annullierung wegen Befugnisüberschreitung (excès de pouvoir) gegen die Akte der verschiedenen Verwaltungsbehörden.

Damit war auch die "justice retenue" aufgegeben zugunsten der "justice déléguée", also der s e l b s t ä n d i g e n Entscheidungsgewalt des CE.

Wenn der REP nun auch bereits als selbständiges Rechtsinstitut bestand, so blieb für den CE doch noch die Aufgabe, ihn noch schärfer gegenüber anderen Verfahren abzugrenzen. Dieses Werk wurde in den folgenden Jahren vollendet. Insbesondere wurden die Rechtsmittel gegen die Urteile anderer Verwaltungsgerichte, deren es eine Reihe gab und die nicht immer leicht von Verwaltungsbehörden zu unterscheiden waren, vom REP abgehoben und, je nachdem, als "recours en appel" oder "recours en cassation" qualifiziert. Der REP gegen Verträge wurde nicht mehr zugelassen. Gegen sie war ein besonderes Verfahren eröffnet.

---

(9) Über Stellung und Aufgaben des Commissaire du Gouvernement: Letourneur a. a. O.

(10) Rec. S. 680
Ab 1840 erscheint für jedes Jahr ein Band des Recueil des arrêts du CE (Recueil Lebon), der die zur Veröffentlichung geeigneten Entscheidungen des CE - später auch des Tribunal des Conflits und der Tribunaux administratifs - eines Kalenderjahres enthält. Im folgenden wird daher, soweit Entscheidungen nach 1840 zitiert werden, nur die Seitenzahl angegeben und die Abkürzung Rec. verwendet. Die Nummer des Bandes ergibt sich aus der Jahreszahl der Entscheidung. Hier z. B. : 1864

(11) Entscheidung vom 24. Februar 1864, Lesbats, Rec. S. 209

In den Jahren nach der Jahrhundertwende wurde der REP sehr liberal gehandhabt; insbesondere wurde der Kreis der Anfechtungsberechtigten, sowie der anfechtbaren Verwaltungsakte erweitert (12). Daraus ergab sich aber eine Überschwemmung des CE mit Klagen. Dieser sah sich daher gezwungen, in einigen Bereichen eine restriktive Haltung einzunehmen. Letzten Endes führte die Überlastung des CE zu der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit von 1953. Nachdem die Ordonnance vom 31. Juli 1945 in Art. 32 noch einmal ausdrücklich den CE zur Annullierung der Akte der verschiedenen Verwaltungsbehörden für zuständig erklärt hatte, wurden durch Dekret vom 30. September 1953 die "Conseils de Préfécture" in Verwaltungsgerichte (Tribunaux administratifs) umgewandelt und für grundsätzlich zuständig erklärt. Auch über den REP sollen nun in erster Linie die Verwaltungsgerichte entscheiden. Jedoch behält der CE dadurch die Kontrolle über die Verwaltungsrechtssprechung, daß gegen die Urteile der Verwaltungsgerichte die Berufung zum CE möglich ist (Dekret vom 28. November 1953, Art. 2 Nr. 7).

Der CE entscheidet weiterhin schon in erster Instanz über

1. die REP gegen alle Dekrete,(Das sind: Akte des Staatspräsidenten, des Ministerpräsidenten bzw. Premierministers, die in einer besonderen Form ergehen).
2. Streitigkeiten betreffend den Status der durch Dekret ernannten Beamten,
3. die Rechtsbehelfe gegen Akte der Verwaltung, deren Anwendungsbereich über das Gebiet der örtlichen Zuständigkeit eines Verwaltungsgerichts hinausgeht,
4. Verwaltungsrechtsstreitigkeiten, die außerhalb der Gebiete entstanden sind, für die die örtliche Zuständigkeit eines Verwaltungsgerichts begründet ist.

Durch Dekret vom 30. Juli 1963 wurde der CE weiterhin für zuständig erklärt zur Entscheidung über die REP gegen

1. Akte abstrakter und genereller Natur der Minister,
2. Entscheidungen auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts, die von den kollegialen Behörden der Berufsverwaltung auf der Ebene des Gesamtstaates getroffen werden.

---

(12) Entscheidung des CE vom 29. März 1901, Casanova, GA S. 32
vom 7. Juni 1902, Maire de Néris-les-Bains, GA S. 40
vom 1. Juni 1906, Alcindor, Rec. S. 515
vom 21. Dezember 1906, Syndicat des propriétaires et contribunals du Croix-de-Seguey-Tivoli, GA S. 63
vom 6. Dezember 1907, Compagnie des chemins de fer de l'est, GA S. 71

Besonders wichtige Materien sind also dem CE vorbehalten. Die Erfahrung hat überdies gezeigt, daß die Verwaltungsgerichte die in der Rechtsprechung des CE entwickelten Grundsätze übernommen haben und sich auch weiterhin eng an die Haltung des CE anschließen. Dessen Rolle bei der Schöpfung und Fortentwicklung des französischen Verwaltungsrechtes bleibt also wohl erhalten.

II. § 2. Das Wesen des REP heute

Der REP ist gleichzeitig ein Instrument zur Kontrolle der Verwaltung und ein Mittel zum Schutz der Interessen des Einzelnen. Er erlaubt es, dem Bürger, dessen Interessen durch einen mit Rechtswirkungen ausgestatteten Akt der Verwaltung berührt werden, die Prüfung des Aktes durch eine unbeteiligte und unabhängige Stelle, das Verwaltungsgericht, herbeizuführen. Diese Stelle prüft nach, ob der Akt insbesondere mit dem Gesetz - so wie es der Richter auslegt - aber auch, ob er mit den von der Verwaltung selbst erlassenen Normen, sowie mit den "allgemeinen Rechtsgrundsätzen", die die Grundlage des staatlichen Lebens bilden, vereinbar ist. Das Gericht hat die Befugnis, den Akt gegebenenfalls aufzuheben.

Diese Funktion wird im deutschen Recht von der Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte und vom Normenkontrollantrag gemäß § 47 VwGO erfüllt. Der Grundmechanismus ist derselbe: auf Antrag eines Betroffenen Prüfung eines Aktes der Verwaltung am Maßstab der Verfassung, der Gesetze und, unter Umständen, der Verordnungen; Aufhebung des Aktes, wenn ein Verstoß festgestellt wird.

Jedoch ist zu beachten, daß das System der verwaltungsgerichtlichen Klagen in Frankreich von dem deutschen System sehr verschieden ist. Neben dem REP (Anfechtungsklage) gibt es keine Verpflichtungsklage, da, nach der französischen Auffassung von der Trennung zwischen Rechtsprechung und Verwaltung, der Richter der Verwaltung keine Anweisungen erteilen darf. Wenn die Vornahme eines Verwaltungsaktes von der Verwaltung abgelehnt wird, so kann man gegen die Ablehnung nur mit dem REP vorgehen. Hat dieser Erfolg, so ist die Pflicht der Verwaltung festgestellt, die abgelehnte Handlung vorzunehmen. Nur kann ein solches Urteil nicht vollstreckt werden.

Die Verwaltung kann aber im "Contentieux de pleine juridiction" aufgrund eines "Recours de plein contentieux" zur Zahlung eines Geldbetrages verurteilt werden, aufgrund einer Schadenersatzforderung oder eines Vertrages. Daneben gibt es noch den "Contentieux de repression", der sich mit der Verhängung von Geldbußen durch die Verwaltung befaßt und den "Contentieux de l'interprétation", der die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Vorfragen zum Gegenstand hat.

Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten ist schriftlich, von der Inquisitionsmaxime bestimmt und nicht öffentlich (1).

Schriftlich: die Prozeßbeteiligten müssen den gesamten Streitstoff in ihren Schriftsätzen vorbringen. Auch wenn, ausnahmsweise, mündliche Ausführungen vor dem Gericht zulässig sind, dürfen darin keine neuen Tatsachen oder Anträge enthalten sein.

Inquisitorisch: das Verfahren wird vom Richter geleitet. Häufig fordert er die Prozeßbeteiligten, insbesondere die Verwaltung, zur Erklärung über einen bestimmten Punkt auf. Bleibt diese Erklärung aus oder ist sie ungenügend, so hält der Richter die Behauptungen der Gegenseite - wenn sie genügend substantiiert sind - für erwiesen (2). Der CE ordnet nur höchst selten eine Beweisaufnahme an. Meist wird es den Parteien überlassen, Sachverständigengutachten und dergleichen vorzulegen. Vor den Verwaltungsgerichten (Tribunaux administratifs) spielt die Beweisaufnahme von Amts wegen eine größere Rolle.

Nicht öffentlich: die Akten sind, wie sich von selbst versteht, nur den Prozeßbeteiligten zugänglich. Aber auch die Sitzungen sind nur öffentlich, wenn es in einer Vorschrift für bestimmte Fälle ausdrücklich angeordnet wird.

Die Eigenart des Verfahrens ist daraus zu erklären, daß es sich aus dem Verwaltungsverfahren entwickelt und erst nach und nach dem gerichtlichen Verfahren angenähert hat. Seine Vorteile sind die Einfachheit, Geschmeidigkeit und die niedrigen Kosten. Andererseits sind die Verwaltungsrichter bei der Feststellung der Tatsachen vielleicht zu passiv.

Der REP nimmt eine besondere Stellung ein. Der CE läßt ihn, wegen seiner Bedeutung für die Kontrolle der Verwaltung und für den Rechtsschutz der Bürger, auch dann zu, wenn alle anderen Rechtsbehelfe ausgeschlossen sind. In der Entscheidung vom 16. Dezember 1955, Epoux Deltel (3), war die Entscheidung einer Kommission angefochten, die nach Art. 5 des Gesetzes vom 21. Juli 1952 "souverän", d.h. in letzter Instanz, entschied. Der CE ließ den REP zu. Der Wille des Gesetzgebers, den REP auszuschließen, sei nicht klar ausgedrückt worden. Ebenso die Entscheidung vom 17. Mai 1957,

---

(1) Auby - Drago, Bd. 1 S. 148 ff.; vgl. die nicht sehr eingehende Regelung im Dekret Nr. 63-766 vom 30. Juli 1963, Titre III, Chap. 2

(2) So vor allem CE vom 28. Mai 1954, Barel, RDP 1954 S. 509 mit den wichtigen Conclusions von Letourneur und einer Anm. von Waline.

(3) Rec. S. 592;
D. 1956 S. 44 Concl. Laurent

Simonet (4).

Der eklatanteste Fall ist aber die Entscheidung des CE vom 17. Februar 1950, Dame Lamotte (5). Es war eine Entscheidung angefochten, gegen die nach einem Gesetz vom 23. Mai 1943 "keinerlei Beschwerde, weder zu den Gerichten, noch zu den Verwaltungsbehörden" zulässig war. Der CE ließ den REP trotzdem zu. Das Gesetz habe den REP nicht ausgeschlossen, der auch ohne ausdrückliche Vorschrift gegen jeden Akt der Verwaltung zulässig sei und der gemäß den allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Beachtung der Legalität sichere.
Die Zulässigkeit des REP wurde damit zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz erhoben. Der CE verwirklicht so in seiner Rechtsprechung den Gedanken, der auch in Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes ausgedrückt ist.

Seit sich die Wissenschaft um die Behandlung des REP bemüht hat, wird die Frage diskutiert, wie weit er "objektiven" oder "subjektiven" Charakters ist. Dieses Begriffspaar ist aber mehrdeutig.

1. Es kann im Sinne Duguits verstanden werden (6). Duguit unterscheidet zwischen objektiven und subjektiven Rechtslagen, je nachdem ob die Rechtslage durch abstrakten und generellen Rechtssatz oder durch einen Einzelakt, insbesondere einen Vertrag, bestimmt wurde. Insofern hat der REP, wie sich zeigen wird, objektiven Charakter, da Verträge nicht nur nicht Gegenstand der Anfechtung, sondern auch nicht Prüfungsmaßstab sein können. Die Rechtslagen, in deren Rahmen sich ein mit dem REP anfechtbarer Verwaltungsakt halten muß, sind objektiver Art.

2. In dem Gegensatz subjektiv - objektiv kommt jedoch auch das Problem zum Ausdruck, ob der REP der Kontrolle der Verwaltung oder dem Rechtsschutz des Einzelnen dienen soll. Je nachdem wird das Verfahren verschiedene Gestalt annehmen. Dem Rechtsschutz des Einzelnen dient der Parteienprozeß. Soll dagegen nur die Verwaltung kontrolliert werden, so beschränkt sich die Rolle des Staatsbürgers darauf, diese Kontrolle auszulösen. So faßte Hauriou den REP auf. Er sei den Einzelnen überlassen, um diese zu Wächtern über die Verwaltung zu machen (7).

---

(4) Rec. S. 314; D. 1957 S. 580 Anm. Jeanneau

(5) GA S. 325, Rec. S. 110, RDP 1951 S. 478, Concl. Delvolvé Anm. Waline

(6) Siehe Droit constitutionnel Bd. 2 S. 941
Vgl. dazu weiter Laubadère, Traité S. 15 ff., S. 436 ff.

(7) In der Anm. zu CE vom 8. Dezember 1899, Ville d'Avignon, S. 1900 III S. 73

Laferrière (7a) drückte das so aus: "Der REP ist kein Prozeß zwischen Parteien, sondern ein Prozeß gegen einen Akt." Dieselbe Auffassung vertrat der Commissaire du Gouvernement Jagerschmidt in den Conclusions (7b) zu der Entscheidung des CE vom 8. Dezember 1899, Ville d'Avignon (8), und sie kommt sogar noch in der Entscheidung des CE vom 19. April 1950, de Villèle (9), zum Ausdruck, wo wörtlich steht: "Der REP stellt keinen Parteienprozeß dar".

In der Tat trägt der REP Züge eines Verfahrens der objektiven Rechtskontrolle. Ein Akt der Verwaltung wird an einem objektiven Maßstab, der Legalität, gemessen. Diese Prüfung führt zur Abweisung des REP oder zur Annullierung des Verwaltungsaktes - tertium non datur. Der im REP enthaltene Antrag kann deshalb nur auf Annullierung gerichtet werden. Bei einem Verfahren, das der Durchsetzung subjektiver Rechte dienen soll, wäre zu erwarten, daß der Antrag je nach dem Inhalt des Rechtes verschieden lauten kann. Auch die Anfechtungsklage weist diese objektiven Züge auf. Trotzdem dient sie wie der REP dem Rechtsschutz des Bürgers. Das Verfahren ist nur aus Gründen der Klarheit und Einfachheit, die zu einer schnelleren Erledigung beitragen, objektiv ausgestaltet worden. Beim REP wird der objektive Charakter dadurch betont, daß die Verletzung eines Interesses zur Begründung der Klagebefugnis ausreicht. Dieser Begriff wird sehr großzügig gehandhabt (siehe dazu unten B II 2).

(7a) Traité Bd. 2 S. 561

(7b) Bei den Concl. handelt es sich um die Schlußanträge des Commissaire du Gouvernement (etwa zu vergleichen mit dem Vertreter des öffentlichen Interesses im deutschen Verwaltungsprozeß), der seinen Entscheidungsvorschlag eingehend begründet. Die Concl. erlauben daher viel eher als die sehr knapp begründeten Entscheidungen selbst, die Denk- und Arbeitsweise der Mitglieder des CE - zu denen auch die Commissaires du Gouvernement gehören - zu erkennen. Jedoch folgt der Spruchkörper nicht immer dem Entscheidungsvorschlag, und auch wenn er ihm folgt, so möglicherweise nicht in jedem Fall aus denselben Gründen.

(8) Rec. S. 719;
S. 1900 III S. 73

(9) Rec. S. 214

Aber schon hier tauchen auch subjektive Elemente auf: es muß sich um ein persönliches Interesse handeln (10). Weiter achtet die Rechtsprechung insbesondere auf den Schutz des Einzelnen, dessen Rechte sie zum Teil zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen erhoben hat (vgl. unten C III). Auch dehnt sie den Umfang der Nachprüfung besonders stark aus wo es um die Rechte des Individuums geht, insbesondere im Polizeirecht (unten C II).

Betrachtet man die Gestaltung des Verfahrens im einzelnen, so läßt sich eine Entwicklung zum Parteienprozeß hin feststellen (11). Das gilt insbesondere seit der Reform von 1953. Gegen die Entscheidungen der Tribunaux administratifs, die aufgrund eines REP ergehen, ist die Berufung zum CE zulässig, auch für die Verwaltung, die damit immer mehr in die Rolle einer echten Prozeßpartei hineinwächst. Daß die Anfechtungsklage VwGO ein Parteienprozeß ist, kann kaum bezweifelt werden. Dagegen handelt es sich bei dem Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO eher um ein objektives Verfahren.

Trotz seiner subjektiven Züge behält der REP seine Bedeutung als Mittel für die Kontrolle der Verwaltung. Seine Wichtigkeit hat noch zugenommen, seit die Verfassung von 1958 der Exekutive einen weiten Raum zur selbständigen Regelung - unter Ausschluß des Gesetzgebers - zugewiesen hat (vgl. unten B I 4).

Das französische Verwaltungsrecht ist zu einem erheblichen Teil eine Schöpfung der Verwaltungsrechtsprechung, in erster Linie des CE. Die Entscheidungen des CE über die REP haben besonders den Begriff des Verwaltungsaktes herausgearbeitet. Auch die Mängel des Verwaltungsaktes - ein rein materiellrechtliches Problem - wurden unter dem Gesichtspunkt der Entscheidung über den REP betrachtet: als Aufhebungsgründe (cas d'ouverture). Die Wissenschaft macht sich nur zögernd von dem überragenden Einfluß der Rechtsprechung frei. So sind die ersten klassischen Werke des französischen Verwaltungsrechts (Laferrière, Aucoc) Lehrbücher des Verwaltungsprozeßrechts. Materiellrechtliche Probleme werden nur in diesem Rahmen behandelt.

---

(10) Guionin, Concl. zu CE vom 17. Februar 1950, Moehrle, D. 1950 S. 468

(11) Dazu insbesondere Kornprobst, La notion de partie et le REP. Paris 1959 Diese Tendenz war schon bei Alibert, passim, angedeutet.

Erst Duguit (12) und Bonnard (13) brachten eine vom Verfahren unabhängige Lehre vom Verwaltungsakt und seinen Mängeln. Trotzdem behält die Verwaltungsrechtsprechung ihre entscheidend wichtige Rolle und bleibt auch der bevorzugte Gegenstand der Forschung für die Wissenschaft - weit mehr als Verwaltungsgesetze und andere Vorschriften. Die Wissenschaft sieht ihre Aufgabe darin, den gewaltigen Stoff der Rechtsprechung in ein System zu bringen, auf einige Grundsätze zurückzuführen und Wege der Rechtsfortbildung zu zeigen (14). Diese Abhängigkeit der Wissenschaft von der Rechtsprechung hat ihre Schattenseiten: nur die Fälle werden behandelt, die zu einem Prozeß geführt haben. Die weit überwiegende Zahl der normalen Vorgänge in der Verwaltung bleibt unbeachtet. Das wird besonders von Rivero lebhaft bedauert (15). Jedoch bleibt die Tatsache bestehen, daß auch die materiellrechtlichen Sätze des französischen Verwaltungsrechts nur aus ihrem prozessualen Ursprung richtig verstanden werden können. Darum ist die Kenntnis des Verfahrens von besonderer Bedeutung.

Schließlich ist die Behandlung des REP dadurch wichtig geworden, daß er als Vorbild für die Nichtigkeitsklage im europäischen Gemeinschaftsrecht gedient hat (16).

---

(12) Droit constitutionnel Bd. 2 S. 284 ff.

(13) Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le REP. RDP 1923 S. 363 ff.

(14) Das hervorragendste Beispiel ist Hauriou, der ein Vierteljahrhundert lang die Rechtsprechung des CE in der Zeitschrift Sirey (S.) kommentiert hat.

(15) Remarques à propos du pouvoir hiérarchique. AJDA 1966 I S. 154 ff.

(16) Siehe Steindorff Die Nichtigkeitsklage (le recours pour excès de pouvoir) im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl. Frankfurt 1952

III. § 3. Methode und Aufbau

Da der REP eine Schöpfung der Rechtsprechung ist, sind die gerichtlichen Entscheidungen, in erster Linie die des CE, die Grundlage dieser Arbeit. Die Versuche der französischen Verwaltungsrechtslehre, den ungeheuren Stoff der Entscheidungen (1) zu bewältigen, wurden dankbar benützt, jedoch nicht ungeprüft übernommen. Die wissenschaftlichen Veröffentlichungen wurden weiter herangezogen, um die Grundsätze des französischen öffentlichen Rechts zu finden, von denen auch die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ausgeht, ohne sie jedoch ausdrücklich zu formulieren. Es ist die Doktrin, die zur Bildung dieser Grundsätze beigetragen und sie klar herausgearbeitet hat. Im übrigen wurde versucht, soweit als möglich die Rechtsprechung zu Wort kommen zu lassen. Um die Grundzüge des REP zu zeigen, wurden möglichst typische Beispiele und Entscheidungen aus neuerer Zeit gewählt. Für den deutschen Juristen ist die französische Verwaltungsrechtsprechung schwer zugänglich; zunächst, weil die amtliche Entscheidungssammlung (Recueil Lebon) nur selten in deutschen Bibliotheken zu finden ist, aber auch deswegen, weil die Gründe meist so kurz und konzentriert gefaßt sind, daß das Verständnis nicht immer leicht ist. Deshalb wurden die besonders wichtigen Entscheidungen in ihrem wesentlichen Inhalt wiedergegeben.

Überhaupt wurde die wichtigste Aufgabe darin gesehen, den REP so darzustellen, daß der am deutschen Verwaltungsrecht geschulte Jurist einen Eindruck vom ganzen REP als selbständigem Rechtsinstitut erhält. Auf die Darstellung solcher Elemente des französischen öffentlichen Rechts, insbesondere des Verwaltungsprozeßrechts, welche von den französischen Autoren als Selbstverständlichkeiten nur knapp oder andeutungsweise behandelt werden, wurde daher besonderer Wert gelegt. Dort, wo die französische Rechtsprechung und die Wissenschaft mit Problemen zu kämpfen haben, die auch im deutschen Recht auftauchen (besonders bei der Klagebefugnis), wurde ein Vergleich zwischen den verschiedenen Lösungen versucht. Eine systematische Darstellung des REP u n d der Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte sowie des Normenkontrollverfahrens gemäß § 47 VwGO hätte den zulässigen Umfang dieser Arbeit weit überschritten. Andererseits schien die Beschränkung auf e i n Spezialproblem des REP nicht der richtige Weg, da es eine ausführliche Darstellung des REP in deutscher Sprache, auf die sich die Behandlung einer

(1) 1963 erließ der CE 2449 Entscheidungen, 1964 immer noch 1896. Etwa drei Viertel dieser Entscheidungen ergingen aufgrund eines REP. Allerdings wurde nur ungefähr ein Drittel davon wegen der besonderen Bedeutung für die Fortbildung des Rechtes veröffentlicht.

Spezialfrage stützen könnte, noch nicht gibt. (Die Darstellungen des REP in den Arbeiten von Steindorff und Lücking sind ausgezeichnet, aber, ihrem Zweck entsprechend, sehr knapp gehalten.)

Die Rechtsprechung hat dem REP die Funktion eines Instruments zur Kontrolle der Verwaltung gegeben. Die Kontrolle wird dadurch ausgeübt, daß Akte der Verwaltung am Maßstab der Legalität gemessen und annulliert werden, wenn sie diesem Maßstab nicht entsprechen. Es gilt zunächst zu bestimmen, gegen welche Akte der REP gerichtet werden kann (B I). Soweit die Verwaltung dem Einzelnen gegenübertritt wie ein beliebiges Privatrechtsubjekt, besteht keine besondere Notwendigkeit für eine Kontrolle. Privatrechtliche Akte sind daher auszuschalten (B I 1). Herkömmlicherweise sind nicht nur die Akte der ordentlichen Gerichte selbst, sondern auch jene Akte, die mit der Tätigkeit dieser Gerichte in engem Zusammenhang stehen, der Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit entzogen (B I 2). Auch gegen Entscheidungen besonderer Verwaltungsgerichte gibt es andere Rechtsbehelfe und der REP ist nicht zulässig (B I 3). Die Akte des Gesetzgebers sind nach französischer Auffassung einer gerichtlichen Nachprüfung nicht zugänglich (B I 4). Dasselbe gilt für gewisse Akte der Regierung (B I 5). Die Annullierung hat nur einen Sinn, wenn der Akt geeignet ist, rechtliche Wirkungen negativer Art beim Betroffenen hervorzurufen (B I 6).

Der Personenkreis, dem der REP offensteht (B II), ist beschränkt durch die Voraussetzung der Parteifähigkeit (B II 1) und durch das Erfordernis eines verletzten Interesses (B II 2), das die Popularklage ausschließen soll.

Schließlich ist noch die Art und Weise der Anfechtung zu behandeln (B III), nämlich die Unzulässigkeit des REP, wenn ein anderer Rechtsbehelf gegeben ist (B III 1), die Form (B III 2) und die Frist (B III 3) für die Einlegung des REP.

Im zweiten Hauptteil ist dann darzustellen, an welchem Maßstab der Richter den Verwaltungsakt mißt (C I), welche Gründe er für die Aufhebung anerkennt (C II) und welche Rolle er bei der Bestimmung des Prüfungsmaßstabes spielt (C III).

Im dritten Hauptteil (D) werden die Wirkungen der Einlegung des REP (D I) und die Wirkung der vom Verwaltungsrichter gefällten Entscheidung (D II) behandelt.

B. ERSTER HAUPTTEIL

DIE ZULÄSSIGKEIT DES REP

I. Die anfechtbaren Verwaltungsakte

1. § 4. Verwaltungsakte und privatrechtliche Akte

Art. 32 der Ordonnance vom 31. Juli 1945 bestimmte, daß der CE über den REP "gegen die Akte der verschiedenen Verwaltungsbehörden" entscheidet. Damit wurde eine seit langem feststehende Rechtsprechung des CE bekräftigt. Für die Anfechtbarkeit eines Aktes kommt es in erster Linie darauf an, von wem er erlassen wurde. Der Begriff des Verwaltungsaktes (acte administratif) ist formell zu verstehen. Verwaltungsakt ist der von einer Verwaltungsbehörde erlassene Akt. In dieser Bedeutung wird der Begriff im folgenden verwendet, soweit vom französischen Recht die Rede ist (1). Für die Zulässigkeit des REP ist vor allem wichtig, daß zu den anfechtbaren Verwaltungsakten auch die abstrakten und generellen Anordnungen der Verwaltung gehören (näheres dazu unten B I 4).

Im deutschen Recht wird dagegen ein materieller Begriff verwendet: Verwaltungsakt ist nur die Einzelentscheidung der Verwaltung. Auch in der französischen Wissenschaft taucht ein ähnlicher Begriff auf. So definiert Stassinopoulos (2) den "acte administratif individuel" als die Willenserklärung eines Verwaltungsorgans, die einseitig bestimmt, was in einem Einzelfall rechtens ist. Einen materiellen Begriff vertrat schon Duguit, der die Staatsfunktionen (im Sinne von Staatsgewalten) nach der Natur der Akte definierte, die durch sie erlassen werden. Die Verwaltungsfunktion zeichnet sich nach ihm dadurch aus, daß sie Entscheidungen im Einzelfall erläßt (3). Der materielle Begriff des Verwaltungsaktes hat in einigen Beziehungen auch im französischen Verwaltungsrecht praktische Bedeutung. So ist die Verwaltung, wenn sie einen Einzelakt erläßt, auch an ihre eigenen abstrakten und generellen Akte gebunden. Die ordentlichen Gerichte dürfen zwar die abstrakten und generellen Akte (règlement oder actes règlementaires), nicht aber die Einzelakte der Verwaltung interpretieren.

Die Verträge der Verwaltung werden nicht als Verwaltungsakte angesehen, da sie nicht das Werk der Verwaltung allein sind, sondern aus einer Übereinkunft zwischen der Verwaltung und einem Dritten hervorgehen. Als anfechtbar gelten nur die einseitigen Verwaltungsakte (actes administratifs

unilateraux). Aber nicht nur dieser formelle Gesichtspunkt führt zur Unzulässigkeit des REP, sondern auch der Grundsatz, daß die Zulässigkeit eines anderen Rechtsbehelfs (recours parallèle; siehe dazu unten B III 1) den REP ausschließt. Wenn der Vertragspartner geltend machen will, daß die Verwaltung den Vertrag verletzt hat, so steht ihm der "recours de plein contentieux" offen. Doch können Dritte, Einzelne, die am Vertrage nicht beteiligt sind, insbesondere Benützer oder Bedienstete einer Verwaltungseinrichtung, die einer Privatperson durch Vertrag zur Führung überlassen wurden (service public concédé), ein Interesse an der Anfechtung eines einseitigen Verwaltungsaktes haben, der im Rahmen der Vertragsbeziehungen ergeht. Darum läßt die Verwaltungsrechtsprechung den REP gegen solche Einzelakte zu, die vom Vertrag ablösbar sind (4). Die erste Entscheidung in dieser Richtung ist vom 4. August 1905, Martin (5). Angefochten waren die Beschlüsse des Conseil général des Departements Loire-et-Cher über den Abschluß eines Konzessionsvertrages. Die Verwaltung wandte gegen den REP ein, die Beschlüsse beträfen einen Vertrag, seien also nicht anfechtbar. Trotzdem ließ der CE den REP zu, allerdings ohne nähere Begründung.

Diese findet sich jedoch in der Entscheidung des CE vom 9. November 1934, Chambre de commerce de Tamartare (6). Angefochten war ein Akt des Generalgouverneurs von Madagaskar, durch den einer privaten Gesellschaft die Konzession zur Führung öffentlicher Einrichtungen (Lagerhallen, Hafen) übertragen worden war. Der CE ließ den REP zu mit der Begründung, angefochten sei nicht der Vertrag zwischen der Kolonie Madagaskar u und der Gesellschaft, sondern nur der einseitige Akt des Generalgouverneurs. Das sei zulässig.

---

(1) Bleckmann, Das schutzwürdige Interesse als Bedingung der Klagebefugnis am Beispiel des französischen Verwaltungsrechtes. Verw. Arch. Bd. 49 S. 213.

(2) Traité des actes administratifs. Athènes 1954. Eine Darstellung vor allem des französischen Rechtszustandes

(3) Duguit, Droit constitutionnel Bd. 2 S. 152, ihm folgend Laubadère, Traité S. 22

(4) Dazu Debeyre, Le REP et le contrat. RDP 1938 S. 215
Gonidec, Contrat et REP. RDP 1950 S. 58
Cocatre-Zilgien, REP et contrat dans la jurisprudence du CE français. RISA 1956 Heft 1 S. 87; Colliard, La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du CE. Mélanges Mestre. Paris 1956 S. 115
Kahn, Concl. zu CE vom 5. Dezember 1958, Secrétaire d'Etat à l'Agriculture. AJDA 1959 S. 57 ff.

In der Entscheidung vom 5. Dezember 1958, Secrétaire d'Etat à l'Agriculture (7) ließ der CE sogar den REP einer Vertragspartei zu gegen die Erteilung des Zuschlags (adjudication) der Verwaltung, die aufgrund eines rechtswidrigen Ministerial-Erlasses ergangen war.

Auch Akte, die im Zusammenhang mit dem Abschluß privatrechtlicher Verträge erlassen werden, können mit dem REP angefochten werden. In der Entscheidung des CE vom 26. November 1957 (8) ging es um einen Erlaß des Wirtschafts- und Finanzministers, durch den der Credit national, ein staatliches Kreditinstitut, zur Übernahme der Bürgschaft für ganz bestimmte Darlehen ermächtigt wurde. Der CE stellte fest, dieser Erlaß stelle gegenüber Dritten einen Verwaltungsakt dar, der von dem privatrechtlichen Vertrag ablösbar sei (acte détachable). Der REP wurde also zugelassen. So führt die Theorie von den "actes détachables" zu ähnlichen Ergebnissen wie die Zweistufen-Theorie im deutschen Verwaltungsrecht.

Obwohl die Unterscheidung zwischen Einzelakten und Rechtsnormen für die Zulässigkeit des REP keine Rolle spielt, ist die genaue Bestimmung der anfechtbaren Akte keineswegs leicht (9). Diese sind nacheinander abzugrenzen von den privatrechtlichen Akten (in diesem Kapitel), von den Rechtsprechungsakten (actes judiciaires et juridictionnels; im zweiten und dritten Kapitel) von den Gesetzgebungsakten (actes législatifs im vierten Kapitel) und von den Regierungsakten (actes de gouvernement im fünften Kapitel). Alle diese Probleme tauchen auch im deutschen Recht bei der Definition des Verwaltungsaktes auf. Eine Darstellung des französischen Rechtszustandes erlaubt es, die Nützlichkeit der bei uns angewandten Kriterien zu erproben.

Die Bestimmung des Begriffes der Verwaltungsbehörde im Unterschied zu privatrechtlichen Personen ist oft kaum zu trennen vom Problem der Unterscheidung zwischen Verwaltungsakten und privatrechtlichen Akten. Die Begriffe Verwaltungsbehörde und Verwaltungsakt bedingen und beeinflußen einander gegenseitig. Diese Probleme sind seit dem ersten Weltkrieg besonders

---

(5) Rec. S. 749 Concl. Romieu; S. 1906 III S. 49 Anm. Hauriou; D. 1907 III 49 Concl. Romieu; Anm. Jèze in RDP 1906 S. 249

(6) Rec. S. 1034

(7) AJDA 1959 S. 57 und Rec. S. 620

(8) Rec. S. 620

(9) Vedel in der Anm. zu CE vom 23. Januar 1953, Audouin, JCP 1954 II 7916, spricht von der Unmöglichkeit, "einfach, klar und mit Sicherheit auf die grundlegende Frage zu antworten:
was ist ein Verwaltungsakt ?"

schwierig geworden, da die Verwaltung mehr und mehr aktiv in das Wirtschaftsleben eingegriffen hat. Es haben sich Mischgebilde zwischen öffentlichem und Privatrecht entwickelt, die mit den herkömmlichen Begriffen schwer zu erfassen sind. Zu einem Ergebnis, das sich in einer einfachen Formel zusammenfassen ließe, ist man auch im französischen Verwaltungsrecht noch nicht gelangt. Der heutige - keineswegs endgültige - Stand der Rechtsprechung und Wissenschaft ist nur als das Ergebnis einer langen Entwicklung und zugleich als Durchgangsstadium zu begreifen. Diese Entwicklung ist daher darzustellen.

Die Definition des Verwaltungsaktes ist eng verbunden mit der Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen dem Verwaltungs- und dem ordentlichen Rechtsweg. Dieser Komplex gilt seit jeher als einer der schwierigsten des französischen Verwaltungsrechts. Er ist hier in seinen Grundzügen zu skizzieren. Nur auf diesem Hintergrund können Lehre und Rechtsprechung zum Problem des Verwaltungsaktes gezeichnet werden.

a) Der Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung

Gesetzliche Grundlage der Trennung zwischen ordentlichen Gerichten einerseits, Verwaltung und Verwaltungsgerichten andererseits ist immer noch das Gesetz vom 16. - 24. August 1790, dessen Art. 13 bestimmt:

> Die Funktionen der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind von den Verwaltungsfunktionen verschieden und werden immer von ihnen getrennt bleiben; die Richter dürfen, bei Strafe wegen Amtspflichtverletzung, auf keinerlei Weise das Handeln der Verwaltungsbehörden stören, noch die Verwaltungsbeamten wegen ihrer Tätigkeit vor Gericht zitieren.

Diese Bestimmung wurde fünf Jahre später durch das Dekret vom 16. Fructidor des Jahres III in Erinnerung gerufen:

> Den Gerichten wird noch einmal verboten, über die Akte der Verwaltung zu entscheiden, welcher Art diese auch seien.

Diese Vorschriften sind ihrem Wortlaut und ihrer ursprünglichen Bestimmung nach nur darauf gerichtet, die Verwaltung vor der Einmischung der ordentlichen Gerichte zu schützen. Während der Revolution wurde das damit begründet, daß die Gewaltenteilung jeden Einfluß der Rechtsprechung auf die Verwaltung verbiete. Das ist ein schwaches Argument. Wenn ein Gericht über einen Rechtstreit entscheidet, an dem die Verwaltung beteiligt ist,

so übt es doch keine Verwaltungsfunktion aus, sondern es wendet das Recht auf diesen Fall an.

Der wahre Grund für die überscharfe Trennung von Justiz und Verwaltung war nicht theoretischer (die Theorie diente nur als Vorwand), sondern praktischer Natur. Man wollte nämlich vor allem den Einfluß der "Parlamente" ausschließen. Die Parlamente sind Gerichte des Königs, die über Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesse entscheiden, die vom König nicht anderen Gerichten zugewiesen sind (10)(11). Diese, deren Ämter käuflich und darum nur einer bestimmten Klasse zugänglich waren, beschränkten sich nicht darauf, Rechtstreitigkeiten zu entscheiden, sondern übten eine Art Weisungsgewalt über die Verwaltung aus. Sie verhinderten auf diese Weise die auch vom König gewollten Reformen, um ihre Vorrechte zu erhalten. Mit diesen Mißbräuchen wollte die Constituante endgültig Schluß machen. Die Rechtskontrolle der Verwaltung wurde dieser selbst überlassen. Die Verwaltung sollte also Richter und Partei gleichzeitig sein. Das bietet aber keine Gewähr für gerechte Streitentscheidung. Deshalb begann sich, ohne Zutun des Gesetzgebers, innerhalb der Exekutive ein echtes Gericht zu entwickeln, das sich nach und nach sachliche Unabhängigkeit erwarb (siehe oben A I 1 über die Entwicklung des CE als Verwaltungsgericht).

Damit war eine Entwicklung eingeleitet, die zur Herausbildung von zwei Gerichtszweigen führte: die ordentliche Gerichtsbarkeit mit der Cour de Cassation als oberster Instanz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, an deren Spitze der CE stand. Um ihre Kompetenzkonflikte zu entscheiden, wurde durch Gesetz vom 24. Mai 1872 der Tribunal des Conflits geschaffen (12).

Der ursprüngliche Grund für die Trennung von ordentlicher und Verwaltungsgerichtsbarkeit ist seit langem nicht mehr gültig. Die Trennung wird heute dadurch gerechtfertigt, daß das Verwaltungsrecht eigenständig geworden ist. Seine Anwendung wird zweckmäßigerweise Richtern anvertraut, die dieses Gebiet genau kennen, die dafür kompetent (im Sinn von sachverständig) sind. Für den CE trifft dieser Grund in besonderem Maße zu, da er ja bei der Schöpfung des eigenständigen Verwaltungsrechts die führende Rolle gespielt hat.

(10) Vgl. Ellul, Histoire des institutions de l'époque franque a la révolution. Paris 1964 S. 352

(11) Laferrière, La raison de la proclamation de la séparation des autorités administratives et judiciaires par la Constituante. In: Mélanges Negulesco. Paris 1935 S. 427 ff.

(12) Über ihn siehe Lücking, a.a.O. S. 47 ff.

Aus diesem Gedanken ergibt sich auch eine Grundtendenz der Rechtsprechung für die Zuständigkeitsabgrenzung: der Verwaltungsrichter ist zuständig, wenn Verwaltungsrecht, der Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit, wenn Zivil- oder Strafrecht anzuwenden ist (13). Es ist klar, daß damit die Probleme nicht gelöst, sondern nur auf eine andere Ebene verschoben sind. Denn auch die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist keineswegs immer eindeutig, sondern in den problematischen Grenzfällen dem Richter überlassen. Typisch ist die Entscheidung des Tribunal des Conflits vom 8. Februar 1873, Blanco (14). Dort heißt es: "Die Schadenersatzpflicht, die auf dem Staate lastet, ... kann nicht durch die Grundsätze des Code civil beherrscht sein, ... also ist nur die Verwaltung zuständig, darüber zu entscheiden." Unter Verwaltung fällt hier auch der CE als Verwaltungsgericht.

b) Die Kriterien für die Kompetenzabgrenzung

Im Laufe der Entwicklung wurden verschiedene Kriterien angewendet (15).

aa) Actes de puissance publique - actes de gestion

Der Absicht entsprechend, die Beurteilung der Verwaltung durch die ordentlichen Gerichte zu verhindern, wurde die Kompetenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit zunächst, in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, soweit wie möglich ausgedehnt. Alle Prozesse, an denen die Verwaltung beteiligt war, wurden den ordentlichen Gerichten entzogen. Dann bildete sich die Unterscheidung zwischen den Akten öffentlicher Gewalt (actes de puissance publique) und den "Geschäftsführungsakten" (actes de gestion) heraus. Diese erläßt die Verwaltung, soweit sie auf der Ebene des Privatrechts handelt (fiskalische Verwaltung). Nur über die Akte öffentlicher Gewalt entscheidet die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Jetzt entwickelte sich auch der Gedanke eines besonderen Rechts, dessen Anwendung einem spezialisierten Richter zu übertragen ist. Und gerade die Akte öffentlicher Gewalt werden von diesem Sonderrecht beherrscht, da es sie in den Beziehungen zwischen Einzelnen nicht gibt.

(13) Waline, Traité S. 35
Ders.: A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent. RDP 1961 S. 8 ff. Eisenmann, Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français. In: Mélanges Jaques Maury. Paris 1960 S. 379 ff. Eisenmann setzt sich auch mit den abweichenden Ansichten auseinander.

(14) D. 1873 III S. 17; S. 1873 III S. 153 jeweils mit Concl. David

(15) Siehe Laubadère, Traité S. 368 ff.; Vedel D.A. S. 69 ff.

Natürlich ist gegen sie, soweit sie nicht Regierungsakte sind, auch der REP zulässig.

Dieses Kriterium wurde modifiziert durch die Theorie vom "Staat als Schuldner" (théorie de l'Etat débiteur). Nach ihr war es den ordentlichen Gerichten verboten, den Staat (nicht aber die Gebietskörperschaften) zu einer Geldzahlung zu verurteilen. Man stützte diese seltsame Theorie, die aber die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte erweiterte, auf ein Gesetz vom 26. September 1793. Schließlich gab es noch weitere Fälle, in denen durch Gesetz die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte vorgeschrieben war.

bb) Der service public als Kriterium

In der oben schon erwähnten Entscheidung vom 8. Februar 1873, Blanco, gab der Tribunal des conflits die Theorie vom Staat als Schuldner und die Unterscheidung zwischen den Akten öffentlicher Gewalt und den Geschäftsführungsakten auf. Er verneinte die Anwendbarkeit des bürgerlichen Rechts und damit die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, wenn Einzelne durch Personen geschädigt werden, die in einem service public beschäftigt sind. Damit begann eine Periode in der Rechtsprechung, in der als erstes Kriterium für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit und damit auch für die Anwendung des Verwaltungsrechts der Begriff des service public erhoben wurde. Wichtige Entscheidungen auf dieser Linie sind noch CE vom 6. Februar 1903, Terrier (16), Tribunal des conflits vom 29. Februar 1908, Feutry (17), CE vom 4. März 1910, Thérond (18), CE vom 31. Juli 1912, Société des granits porphyroides des Vosges (19).

Eine Definition des Begriffes wurde in der Rechtsprechung nie gegeben und auch die Lehre konnte sich nicht einigen, jedoch kann man als Ausgangspunkt die Definition benützen, von der auch Laubadère (20) ausgeht: Der service public ist eine Tätigkeit, die von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zur Befriedigung eines öffentlichen Interesses ausgeübt wird. Es soll hinzugefügt werden, daß auch die Gesamtheit der Einrichtungen, die einem solchen Zweck dienen, als service public bezeichnet wird. Services publics sind z.B. die nationale Verteidigung, die Eisenbahnen, das öffentliche Unterrichts-

(16) Rec. S. 94; S. 1903 III S. 25 Anm. Hauriou; D. 1904 III S. 65 Concl. Romieu
(17) Rec. S. 208; S. 1908 III S. 97 Anm. Hauriou; D. 1908 III S. 49 Concl. Teissier; RDP 1908 S. 266 Anm. Jèze
(18) Rec. S. 193; S. 1911 III S. 17 Anm. Hauriou; D. 1912 III S. 57 Concl. Pichard; RDP 1910 S. 249 Anm. Jèze
(19) Rec. 909; S. 1917 III S. 15; D. 1916 III S. 35 jeweils mit Concl. Blum; RDP 1914 S. 145 Anm. Jèze
(20) Traité S. 518

wesen, Verkehrseinrichtungen einer Gemeinde (21).
Im deutschen Recht fehlt der entsprechende Begriff vollständig (22). Eine Übersetzung ist daher nicht möglich. Der Begriff wurde zunächst in einem formellen Sinn gebraucht (23). Als service public wurde grundsätzlich jedes Verwaltungshandeln bezeichnet. Das erklärt sich aus der Stellung des Staates in jener Epoche. Sein Tätigkeitsbereich ist eng beschränkt. Vor allem gibt es praktisch noch keine wirtschaftliche Betätigung des Staates mit Gewinnerzielungsabsicht. Als diese erscheint, wandelt sich auch der Begriff des service public. Er besteht von nun an aus zwei Elementen, einem formellen und einem materiellen. Die fragliche Tätigkeit muß unter der Leitung der Regierungsgewalt stehen. Die Verwaltung braucht aber nicht mehr selbst zu handeln. Die services publics concédés werden von Privaten betrieben. Aber es muß sich um eine Tätigkeit im öffentlichen Interesse handeln. Damit ist die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates ausgeschaltet.

Es ist offensichtlich, daß der Begriff damit an Klarheit und Schärfe verloren hat. Es besteht aber nicht nur über die Voraussetzungen, sondern auch über die Folgen Unsicherheit. Die Rechtsprechung erkennt nämlich (24) das Bestehen von services publics industriels et commerciaux an, auf die, weil sie auf dieselbe Weise betrieben werden wie private Unternehmen, grundsätzlich Privatrecht anzuwenden und für die deshalb die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig ist. Nur einige öffentlich-rechtliche Regeln sind hier noch anwendbar: so die Grundsätze der Kontinuität des service public und der Gleichheit der Benutzer. Service public wird jetzt auch noch in anderer Beziehung in einem doppelten Sinn gebraucht: sowohl für die Tätigkeit, als auch für die Gesamtheit der sachlichen und persönlichen Mittel, die bereitgestellt werden.

Der Bereich der Gebilde, die Verwaltungsakte erlassen können, wurde zunächst noch nicht erweitert. Diese Befugnis verblieb bei den Verwaltungsbehörden im klassischen Sinn, so daß nur Randprobleme auftauchten (25).

---

(21) Laubadère, Traité S. 40

(22) Zu der Frage, ob dieser Mangel zu bedauern ist, Kutsch und v. Krakewitz, Übernahme des Begriffs "service public" ins deutsche Recht ? AöR Bd. 79 S. 431 ff. Siehe weiter Schnur, Die Krise des Begriffs der services publics im französischen Verwaltungsrecht. AöR Bd. 79 S. 418 ff.

(23) Dazu und zum folgenden Morange, Le déclin de la notion juridique de service public. D. 1947 Chron. S. 45 ff.

(24) Seit der Entscheidung des Tribunal des conflits vom 22. Januar 1921, Soc. commerciale de l'ouest africain, Rec. S. 91; S. 1924 III S. 34; D. 1921 III S. 1 jeweils mit Concl. Matter

(25) Siehe Auby, La théorie de l'inexistence des actes administratifs. Thèse

Zwar konnte etwa die Verletzung der Gleichheit der Benutzer eines service public mit dem REP verfolgt werden. Aber dieser richtete sich, wenn es sich um einen service public concédé handelte, gegen die Tätigkeit oder Untätigkeit der Behörde, welche die Konzession erteilt hatte oder der die Aufsicht zustand; wenn der service public in Regie geführt wurde, richtete sich der REP gegen die Akte der Behörde, die den service public betrieb. Siehe z. B. die Entscheidung des CE vom 6. Mai 1961, Tondert (26). Der CE ließ den REP gegen eine Entscheidung des Bürgermeisters von Agde zu, der es abgelehnt hatte, den Kläger an der Wasserversorgung der Gemeinde teilnehmen zu lassen. Wenn die Beziehungen der Benutzer zum service public durch Vertrag geregelt waren, wurde der ordentliche Rechtsweg für gegeben erachtet (27).

Diese Linie verfolgte die Rechtsprechung bis heute. In einem gewissen Bereich dehnte sie aber den Begriff des service public noch weiter aus. Um dies zu erklären, ist zunächst auf die Entwicklung der Verwaltungsrechtslehre einzugehen. Etwa seit 1910 hatte sich die "Ecole du service public" entwickelt. Ihr Gründer und Haupt war Léon Duguit, weiter gehörten dazu Jèze, Bonnard und Rolland. Es wurde versucht, auf den Begriff des service public das gesamte öffentliche Recht aufzubauen. Nach Duguit (28) ist der Staat "nicht, wozu man ihn machen wollte und wofür man ihn einige Zeit hielt, nämlich eine Autorität, die befiehlt, ein Souverän, sondern er ist ein Zusammenwirken von services publics, die durch die Staatsbürger organisiert und kontrolliert werden." Um den service public kreise das ganze öffentliche Recht. "Jede Tätigkeit, deren Erfüllung gesichert, geregelt und kontrolliert werden muß, weil sie unerläßlich ist für die Verwirklichung oder Entwicklung der sozialen Interdependenz und weil sie nur durch die Regierungsgewalt vollständig verwirklicht werden kann," sei ein service public.

Bonnard (29) sagt: "Der Staat wird von der Gesamtheit der services publics gebildet. Diese haben als wesentliches Ziel die Verwirklichung der staatlichen Eingriffe und die Ausübung der staatlichen Befugnisse zu sichern." Das Verwaltungsrecht wird als das Recht der services publics angesehen.

Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung war von dieser Lehre sicher beeinflußt. Wichtiger noch war aber die Änderung der tatsächlichen Lage. Die Interventionen des Staates im Bereich der Wirtschaft wurden immer zahlreicher und vermehrten sich schlagartig mit dem Beginn des zweiten

(26) S. 1931 III S. 81 mit bemerkenswerter Anm. von P. L.
(27) Vgl. die Anm. von P. L. a. a. O..
(28) Droit constitutionnel Bd. 3 S. 192
(29) Précis S. 53

Weltkrieges und mit der Machtübernahme durch das autoritäre Regime von Vichy. Aus verschiedenen Gründen - budgetäre Schwierigkeiten, mangelnde Eignung der Beamten und besonders die Unmöglichkeit, die neue Rolle des Staates zu präzisieren - schuf der Gesetzgeber zur Erfüllung der neuen Aufgaben Gebilde zweideutigen Charakters, die zwischen privatem und öffentlichem Recht standen. Er vertraute ihnen Hoheitsbefugnisse an, die sonst nur Verwaltungsbehörden besitzen. Mißbräuche drohten. Nur die Verwaltungsgerichtsbarkeit hatte die Mittel, ihnen zu steuern. Um seine Zuständigkeit zu begründen, ohne mit der bis dahin herrschenden Methode der Kompetenzabgrenzung zu brechen, mußte der CE diesen Gebilden den Charakter von services publics zuerkennen. Ihre Akte aber wurden als Verwaltungsakte qualifiziert.

Das geschah zum ersten Mal in der Entscheidung des CE vom 31. Juli 1942, Monpeurt (30). Ein Gesetz vom 16. August 1940 hatte Organisationsausschüsse (comités d'organisation) geschaffen, welche die industrielle Produktion lenken, besonders die Folgen der Rohstoffknappheit mildern sollten. Der Organisationsausschuß für die Glasindustrie bemühte sich zunächst darum, eine freiwillige Übereinkunft der Fabriken über ihre Produktionsprogramme zu erzielen, um den Kohlenmangel zu steuern. Für den Sektor der Glasröhrenproduktion kam eine Einigung nicht zustande. Es gab hier drei Fabriken, A, B und C. Der Direktor des Organisationsausschußes verweigerte der Fabrik A die Erlaubnis, ihre Öfen in Betrieb zu setzen, und erlegte dafür den Fabriken B und C die Pflicht auf, zum Ausgleich monatlich zwanzig Tonnen Glasröhren mit 20 % Rabatt an die Firma A zu liefern. Dagegen wandte sich der Direktor der Firma C mit dem REP. Der CE ließ ihn zu. Das Gesetz vom 16. August 1940 habe eine provisorische Organisation für die Wirtschaftslenkung geschaffen, um die bestmögliche Ausnutzung der vorhandenen Rohstoffe und der verfügbaren Arbeitskräfte im gemeinsamen Interesse der Unternehmer und der Beschäftigten zu sichern. Aus der Gesamtheit der Vorschriften ergebe sich, daß das Gesetz zu diesem Zweck einen service public habe einrichten wollen. Deshalb habe es die Organisationsausschüsse geschaffen, die unter der Aufsicht des zuständigen Staatssekretärs die Befugnis hätten, die Produktionsprogramme der Fabriken festzusetzen, die allgemeinen Bedingungen ihrer Tätigkeit zu regeln und der zuständigen Behörde die Preise der Produkte und Dienstleistungen vorzuschlagen. Die Organisationsausschüsse seien daher, obwohl sie der Gesetzgeber nicht zu juristischen

(30) GA S. 259; S. 1952 III S. 37; D. 1942 S. 138 Anm. P.C.; RDP 1943 S. 57 Anm. Bonnard; JCP 1942 II 2046 Anm. Laroque jeweils mit den Concl. Ségalat

Personen des öffentlichen Rechts gemacht habe, an der Ausführung eines service public beteiligt. Die Entscheidungen genereller oder individueller Art, die sie im Rahmen ihrer Aufgaben träfen, seien Verwaltungsakte. Der CE sei daher zuständig für Rechtsbehelfe gegen diese Entscheidungen.

Diese Lösung entspricht dem Vorschlag des Commissaire du Gouvernement Ségalat in seinen conclusions. Ségalat zeigte zuerst, daß ein service public gegeben sei. Er führte dafür an: das öffentliche Interesse an einem reibungslosen Ablauf der Produktion unter den gegebenen Verhältnissen, die Natur und die Größe der Aufgabe, die das Gesetz den Organisationsausschüssen übertrage, die Vorrechte der öffentlichen Gewalt (prérogatives de la puissance publique), die es ihnen verleihe. Über ihren rechtlichen Charakter sagte er, sie seien ohne Zweifel juristische Personen, aber man könne nicht genau sagen, ob sie dem öffentlichen oder dem Privatrecht angehörten. Gegen den privatrechtlichen Charakter sprächen ihre Entstehung, ihre Lenkungsaufgabe und ihre Zwangsgewalt. Sie seien aber auch keine juristischen Personen des öffentlichen Rechts, da sie eigene, von den Interessen des Staates verschiedene Interessen verkörperten.
Der Commissaire du Gouvernement wollte sie also an der Grenze zwischen öffentlichem und Privatrecht ansiedeln. Öffentlich-rechtlicher Natur sind die Vorrechte der öffentlichen Gewalt, privatrechtlich ist die Geschäftsführung, soweit nicht hoheitliche Gewalt ausgeübt wird, z.B. das Verhältnis zu den Angestellten und überhaupt die ganze innere Ordnung dieser Gebilde. Die zweite Entscheidung, die auf dieser Linie liegt, ist der Fall Bouguen, entschieden vom CE am 2. April 1943 (31). Hier wandte der CE die Grundsätze der Entscheidung Monpeurt auf die Berufsordnung der Ärzte an. Ein Organ der berufsständischen Ordnung, der Conseil supérieur de l'Ordre des médecins hatte dem Arzt Bouguen verboten, an mehreren Orten gleichzeitig eine Praxis zu betreiben und hatte ihm aufgegeben, eine "Zweigstelle" zu schließen. Dagegen wandte sich Bouguen mit dem REP. Der CE erklärte ihn für zulässig. Aus der Gesamtheit der Bestimmungen des Gesetzes vom 7. Oktober 1940 ergebe sich, daß der Gesetzgeber die Organisation zur Regelung der ärztlichen Berufsausübung zu einem service public habe ausgestalten wollen. Auch wenn der Conseil supérieur de l'Ordre des médecins keine juristische Person des öffentlichen Rechts darstelle, wirke er doch an der Tätigkeit dieses service public mit. Es stehe dem CE zu, über die Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen des Conseil supérieur, die er in Ausübung des service public treffe und insbesondere gegen

(31) GA S. 265; Rec. S. 86; S. 1944 III S. 1 Concl. Lagrange, Anm. Mestre; D. 1944 S. 52 Concl. Lagrange Anm. Donnedieu de Vabres; JCP 1944 II 2565 Anm. Célier

die in Anwendung des Art. 4 des zitierten Gesetzes erlassenen Akte zu entscheiden. Art. 4 überträgt dem Conseil superieur die Aufgabe, über die Einhaltung der Gesetze und Verordnungen auf medizinischem Gebiet zu wachen.

Der Commissaire du Gouvernement Lagrange hatte argumentiert wie sein Kollege Ségalat im Fall Monpeurt und hatte sich auch auf ihn berufen. Es sei nicht nötig zu prüfen, ob der Conseil superieur eine Anstalt des öffentlichen Rechts (établissement public) oder eine privatrechtliche Einrichtung sei. Die angefochtene Entscheidung sei ein Verwaltungsakt, wenn die erlassende Stelle mit der Ausübung eines service public betraut sei. Eine Einrichtung sei ein service public, wenn sie die Förderung öffentlicher Interessen zum Ziel habe und wenn diese Förderung mit Mitteln erfolge, die vom Privatrecht abweichen, mit Mitteln der öffentlichen Gewalt. Nach eingehender Prüfung kam Lagrange zu dem Ergebnis, daß dies hier der Fall sei.

Die Entscheidungen Monpeurt und Bouguen wurden im Schrifttum oft und gründlich, aber mit recht verschiedenen Ergebnissen erörtert (32). Zunächst wurde über die Frage gestritten, welche Rechtsnatur der CE den Organisationsausschüssen und dem Conseil superieur de l'Ordre des médecins zugesprochen habe. Diese Streitfrage hat sich mit der Entscheidung des CE vom 13. Januar 1961, Magnier (33), erledigt. Es ging um folgenden Sachverhalt.
Zur Schädlingsbekämpfung wurden auf Gemeinde-Ebene "Vereinigungen zum Schutz der Kulturen gegen Schädlinge", auf Departement-Ebene "Föderationen" gebildet. Sie wurden als privatrechtliche Vereine organisiert. Diese Gebilde sollen sicherstellen, daß die Grundbesitzer die notwendigen Maßnahmen zur Schädlingsbekämpfung durchführen. Geschieht das nicht, so

(32) Vgl. die Anmerkungen zu den Entscheidungen.
Morange a.a.O.
Eisenmann, L'arrêt Monpeurt, légende et réalité.
In: L'évolution du droit public. Mélanges Mestre S. 221 f.
Latournerie, Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? In: EDCE 1960 S. 61. Dazu die Besprechung von Waline RDP 1961 S. 708
Waline, Anm. zu CE vom 6. Oktober 1961, Groupement national d'achat des produits oléagineux. RDP 1962 S. 721

(33) Rec. S. 33; RDP 1961 S. 155 Concl. Fournier

(34) Auch Fournier, a.a.O. S. 162, betonte, daß die Lösung für den REP dieselbe sei.

sollen sie diese Maßnahmen selbst ergreifen oder einen Unternehmer damit beauftragen und den aufgewendeten Betrag von dem betreffenden Grundbesitzer einziehen. Eine Föderation hatte nun durch ein privates Unternehmen auch auf dem Grundstück des Klägers Magnier Schädlingsbekämpfungsmittel anwenden lassen. Sie setzte den für Magnier aufgewendeten Betrag auf 137.119.-- Francs fest. Magnier wandte sich an das zuständige Verwaltungsgericht, um feststellen zu lassen, daß diese Forderung nicht bestehe. Es handelte sich also um einen recours de plein contentieux, nicht um einen REP. Trotzdem ist die Entscheidung in diesem Zusammenhang wichtig, da der CE, wie sich zeigen wird, für die Frage der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges darauf abstellte, ob die Festsetzung des einzuziehenden Betrages durch die Föderation ein Verwaltungsakt ist (34). Das Verwaltungsgericht erklärte sich für unzuständig. Auf die Berufung von Magnier hin hob der CE das Urteil auf und erklärte den Verwaltungsrechtsweg für zulässig. Er würdigte zunächst den Charakter der Vereinigungen und Föderationen und betonte besonders, daß ihnen der Gesetzgeber Vorrechte der öffentlichen Gewalt verliehen habe, daß in jeder Gemeinde nur eine Vereinigung dieser Art, in jedem Departement nur eine Föderation zugelassen werde, daß diese Gebilde von Amts wegen die Schädlingsbekämpfung durchführen könnten usw. Der CE fuhr fort, aus der Gesamtheit dieser Bestimmungen ergäbe sich, daß der Gesetzgeber einen service public administratif habe schaffen wollen, dessen Ausführung unter der Kontrolle der Verwaltung privatrechtlichen Gebilden anvertraut sei. Wenn diese Gebilde einseitige und individuelle Maßnahmen träfen, die für die Betroffenen verbindlich sind, so handele es sich um Verwaltungsakte, für die die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig sei. Das gelte besonders für Entscheidungen, durch die die Föderationen die von dein einzelnen Grundbesitzern zu tragenden Kosten festsetzen und diese zur Zahlung auffordern.

Der CE folgte damit den Ausführungen des Commissaire du Gouvernement Fournier, der für die Zuständigkeit des CE und damit auch für die Zulässigkeit des REP zwei Voraussetzungen aufstellte. Wenn der angegriffene Akt von Gebilden ausgehe, die weder staatliche Behörden, noch Gebietskörperschaften, noch Anstalten des öffentlichen Rechts sind, so muß

1. dieses Gebilde an der Ausführung eines service public teilnehmen und zu diesem Zweck über Vorrechte der öffentlichen Gewalt verfügen,
2. der angegriffene Akt selbst eine vollstreckungsfähige Verwaltungsentscheidung sein (décision administrative exécutoire) (35).

(35) Siehe dazu unten 6. § 9.

Die Entscheidung Magnier ist unter zwei Gesichtspunkten von Bedeutung:

1. für den Begriff des service public als Abgrenzungskriterium zwischen öffentlichem und Privatrecht, zwischen der Zuständigkeit der Verwaltungs- und der ordentlichen Gerichtsbarkeit,
2. für den Begriff des Verwaltungsaktes.

Zu 1.
Das formelle Element im Begriff des service public ist nun endgültig und eindeutig aufgegeben: ein service public kann auch von einer juristischen Person des Privatrechts geführt werden. Damit wird die Linie der Entscheidungen Monpeurt und Bouguen konsequent fortgeführt. Aber es ist nun noch schwieriger zu sagen, was eigentlich ein service public ist. Waline (36) meint, es sei leichter, das aus einem alten Barometer gefallene Quecksilber einzufangen, als den service public in einer Definition zu erfassen. Der Begriff hatte schon dadurch an Klarheit verloren, daß er nicht auf die leistungsgewährende Verwaltung beschränkt blieb, sondern daß man auch die Polizei darunter bringen wollte. Nunmehr steht auch noch fest, daß er nicht vom Staat oder von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts betrieben zu werden braucht. Er wird nun zu einem rein funktionellen Begriff: er ist eine Tätigkeit. Aber welche ? Sie muß jedenfalls von öffentlichem Interesse sein.
Das reicht aber nicht, denn das trifft zu z. B. auch für die Arbeit jedes Arztes. Sie muß auch von der öffentlichen Gewalt abhängig sein. Den Grad der Abhängigkeit zu bestimmen ist nicht leicht. Dieses Begriffselement hängt zusammen mit einem dritten und eigentlich problematischen: die Tätigkeit muß einer besonderen vom Privatrecht abweichenden Regelung unterliegen. Anders ausgedrückt: sie muß wenigstens zum Teil vom Verwaltungsrecht beherrscht sein. Der Zirkelschluß ist klar: Verwaltungsrecht ist anzuwenden, wenn ein service public gegeben ist, und ein service public ist vorhanden, wenn Verwaltungsrecht anzuwenden ist (37). Der Eindruck drängt sich auf, daß die Rechtsprechung den Begriff des service public, der ja wegen seiner fließenden Grenzen sehr geschmeidig ist, immer dann gebraucht, wenn sie es für opportun hält, Verwaltungsrecht anzuwenden und die Verwaltungsgerichtsbarkeit für zuständig zu erklären (38). Sie tut das sicher aus wohlüberlegten Gründen, bei denen das Streben nach Rechtsschutz für den Bürger einen hervorragenden Platz einnimmt. Aber die Gefahr der Rechts-

(36) RDP 1961 S. 718
(37) Waline a. a. O. S. 716
(38) Waline a. a. O. S. 717 f., Vedel DA. S. 79 f.

unsicherheit droht und auf die Frage, welcher Rechtsweg gegeben ist, gibt es oft keine sichere Antwort. Vedel (39) sagt wohl mit Recht, der Begriff des service public habe für die Konstruktion des Verwaltungsrechts sehr große Dienste geleistet. Er sei ein notwendiges Gerüst gewesen. Er dürfe aber nicht an die Stelle des Bauwerks treten und dieses auch nicht verdecken (40).

Zu 2.
Der CE nimmt an, daß die Festsetzung des vom Kläger geschuldeten Betrages durch die Föderation ein Verwaltungsakt ist. Er stellt zunächst fest, daß die Föderation einen service public ausübe. Das reicht aber offensichtlich nicht aus, um ihre Akte zu Verwaltungsakten zu machen. Vielmehr muß es sich um "einseitige und individuelle Maßnahmen" handeln, "die für den Grundbesitzer verbindlich sind." Der CE hält also für entscheidend, daß vom Vorrecht der öffentlichen Gewalt, einseitige, rechtsverbindliche Anordnungen zu erlassen, Gebrauch gemacht wird (41). Nur insoweit handelt das mit einem service public betraute Gebilde wirklich als Verwaltungsbehörde.

Diese Deutung wird bestätigt durch die Entscheidung des CE vom 6. Oktober 1961, Groupement national d'achat des produits oléagineux (42). Der Staatssekretär für Wirtschaft hatte den Richtpreis für pflanzliche Öle erhöht. Die Ölfabrikanten mußten außerdem für die von ihnen gehaltenen Vorräte eine Ausgleichszahlung leisten. Davon ausgenommen war ein Teil der Vorräte, der einem Neuntel der jährlichen Produktion aller Betriebe entsprach. Der Staatssekretär beauftragte nun die Föderation der mittleren und handwerklich geführten Ölherstellungsbetriebe - es handelte sich um Einrichtungen zur Wirtschaftslenkung, die, wie im Fall Magnier, als privatrechtliche Vereinigungen organisiert waren - diesen lastenfreien Vorrat unter ihre Mitglieder aufzuteilen. Jeder Unternehmer sollte so bis zu einer gewissen Vorratsmenge von der Ausgleichszahlung befreit werden. Der CE stellte dazu fest, die Föderation, eine berufsrechtliche Einrichtung privatrechtlicher Natur, sei an der Anwendung der Wirtschaftslenkungs-Vorschriften beteiligt. Sie werde mit einer Entscheidungsgewalt ausgestattet, die ein Vorrecht der öffentlichen Gewalt darstelle. Die angefochtene Entscheidung, welche die lastenfreie Vorratsmenge für eine bestimmte Gesellschaft festsetzte, sei also

(39) Anm. zu CE vom 17. April 1953, Falco et Vidaillac JCP 1953 II 7598

(40) Siehe sehr eingehend zum Begriff des service public: de Corail, La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français. Paris 1954; Für eine Weiterverwendung des Begriffes treten ein: L'Huillier, A propos de la "crise" de la notion de service public. D. 1955 Chron. S. 119
Ders.: Nouvelles réflexions sur le service public. D. 1957 Chron. S. 91
Fortsetzg. siehe Seite 30, unten.

ein Verwaltungsakt.

Hier hält es somit der CE für erforderlich, aber auch für genügend, daß die erlassende Stelle in Ausübung hoheitlicher Gewalt handelt. Darauf, ob ein service public gegeben ist, geht der CE nicht mehr ein.

Trotz dieser Rechtsprechung bleibt es wohl bei dem Grundsatz, daß Akte, die von Privatpersonen ausgehen, auch solche von juristischen Personen des Privatrechts, unanfechtbar sind. Bis zur Entscheidung Magnier scheint die Rechtsprechung davon keine Ausnahmen gekannt zu haben. Sie erklärte sich früher schon deswegen für unzuständig, weil der Akt von einer Privatperson ausgegangen war, ohne die Natur des Aktes zu prüfen. So in der Entscheidung vom 9. Dezember 1932, Bertrandon (43). Der CE begnügte sich damit, festzustellen, daß es sich um eine Privatschule handele, obwohl sie staatlich anerkannt sei und von der Stadt Clermont-Ferrand subventioniert und kontrolliert werde. Folglich könnten die Maßnahmen ihrer Organe nicht vor die Verwaltungsgerichte gebracht werden. Ähnlich die Entscheidung des CE vom 24. April 1953, Campari (44). Die Stelle eines Buchhalters in der Cité universitaire d'Aix-en-Provence war abgeschafft und der Kläger entlassen worden. Der CE erklärte, der Centre régional des oeuvres universitaires (CROUS), von dem die Cité abhänge, sei ein privatrechtlicher Verein. Folglich stehe es dem CE nicht zu, über die Entscheidungen des Verwaltungsrats und des Direktors zu erkennen. Unanfechtbar sind weiter Akte von Gebilden, die mit Verwaltungsfunktionen betraut sind, soweit die Akte privatrechtliche Beziehungen regeln (45). Als Beispiel sei zunächst angeführt die Entscheidung des CE vom 5. Februar 1954, Société J. Perdrieux (46).

Fortsetzg. der Fußnote Nr. (40) von Seite 29:

Laubadère, Traité S. 51

Ders.: Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français. AJDA 1961 S. 591

(41) So auch Waline, RDP 1962 S. 727 f.

(42) RDP 1962 S. 732

(43) D.H. 1933 S. 103)

(44) Rec. S. 186

(45) Das trifft, gegen Vedel D.A. S. 108, auch auf die Akte zu, die abstrakten und generellen Charakter haben. Siehe die im Text weiter unten wiedergegebene Entscheidung des CE vom 5. Februar 1954, Soc. J. Perdrieux, und Tribunal des conflits vom 12. Juni 1961, Rolland Rec. S. 866. Die von Vedel zitierte Entscheidung des CE vom 30. Mai 1947, Sussel et Bille, Rec. S. 236, ist kein Gegenbeweis. Dort ließ der CE den REP gegen eine Maßnahme des Präfekten zu, die eine Änderung der durch Dekret festgesetzten

Fortsetzg. Seite 31, unten

Gemäß Art. 1 des Gesetzes vom 13. September 1940 war ein Verkaufskontor für Brennstoffe in Form einer GmbH errichtet worden. Das Kontor erließ Regelungen über den Verkauf von Kohle an die verschiedenen Gruppen von Abnehmern. Der CE stellte fest, diese Regelungen beträfen nicht die Beziehungen zu den an das Verkaufskontor angeschlossenen Unternehmen, hätten also nichts mit der Verwaltungsfunktion des Kontors zu tun. Somit handele es sich nicht um Verwaltungsregeln (règlements administratifs). Dem CE stehe es nicht zu, über die Annullierung eines Aktes zu entscheiden, der nicht dem öffentlichen Recht unterstehe.

Für die Anfechtung von Einzelakten dieser Art ist ein gutes Beispiel die Entscheidung des CE vom 15. Februar 1963, Chaussé (47). Chaussé hatte die Verweigerung einer Jagderlaubnis durch den Bürgermeister angefochten. Der CE stellte fest, die Regelung der Jagderlaubnis gehöre weder zur Jagdpolizei , noch zur Verteilung des Verwaltungsvermögens der Gemeinde, sondern betreffe nur die Nutzung eines zum privatrechtlichen Vermögen gehörenden Gutes. Darüber zu entscheiden, sei nur die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig.

In der Entscheidung vom 25. Januar 1952, Fédération maritime du port de Bordeaux (48), ging es um die Entschädigung, welche die Hafenarbeiter aufgrund des Gesetzes vom 10. September 1947 erhalten, wenn sie keine Arbeit gefunden haben, obwohl sie sich bei der Vergabe der Arbeitsplätze am Hafen eingefunden haben. Diese Entschädigung wird unter der Verantwortung einer "Caisse nationale de garantie" gewährt. Im vorliegenden Fall hatten die Docker die Entschädigung für eine Periode der Aussperrung erhalten. Dagegen richtete sich der REP. Der CE wies ihn ab, da die Entschädigung ein Element der Entlohnung der Docker darstelle, die privatrechtliche Arbeitnehmer seien.

Natürlich sind auch die Akte der services publics industriels et commerciaux (49), die in Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit ergehen, unanfechtbar.

Fortsetzg. der Fußnote (45) von Seite 30:
Höchstmiete zum Gegenstand hatte. Diese Änderung muß aber kein abstrakter und genereller Akt sein. Sie betrifft möglicherweise nur eine genau bestimmte Zahl von Mietverhältnissen. Außerdem handelt es sich hier wohl um einen hoheitlichen Eingriff in privatrechtliche Beziehungen, für den immer die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig ist.

(46) Rec. S. 80 (47) AJDA 1963 S. 413 (48) Rec. S. 57

(49) denen seit der Entscheidung des Tribunal des conflits vom 12. Juni 1955, Naliato, Rec. S. 614; GA S. 417, die services publics sociaux gleichgestellt sind. Es handelt sich dabei um soziale Einrichtungen der öffentlichen Hand, z. B. Erholungsheime, die wie privatrechtliche Unternehmen betrieben werden.

So für die Beziehungen der Benutzer zum service public: CE vom 23. Dezember 1921, Soc. générale d'armement (50); CE vom 5. November 1937, Union hydro-electrique ouest constantinois (51); für die Beziehungen zwischen dem service public und seinem Personal: CE vom 26. Januar 1923, Robert Lafreygère (52). Eine Ausnahme gilt für die Verweigerung der Zulassung zum service public, die den Gleichheitssatz verletzen: CE vom 6. Mai 1931, Tondert (53). Auch für die Beziehungen zwischen dem leitenden Personal und dem service public sind die Verwaltungsgerichte zuständig, und zwar für den höchsten Beamten der Direktion und für den Leiter des Rechnungswesens, CE vom 8. März 1957, Jalengues de Labeau (54).

Ähnliches gilt für den service public concédé. Der Tribunal des conflits erklärte in seiner Entscheidung vom 12. Juni 1961, Rolland (55) die ordentliche Gerichtsbarkeit für zuständig zur Beurteilung der Legalität und zur Auslegung der Vorschriften, welche die SNCF (die Gesellschaft, die die Eisenbahnen als Konzessionärin betreibt) über die Pensionierung des Personals getroffen hatte. Der Tribunal des conflits führte aus, diese Regelungen hätten mit der Konzessionserteilung nichts zu tun und beträfen auch nicht die Organisation des service public concédé.

Endlich sind auch Akte "klassischer" Verwaltungsbehörden keine anfechtbaren Verwaltungsakte, soweit sie privatrechtliche Beziehungen betreffen (56) oder besser, soweit sich die Behörde selbst auf die Ebene des Privatrechts begibt, auch wenn kein service public industriel et commercial gegeben ist.

So erklärte der CE in der Entscheidung vom 13. November 1924, Soc. des filmes Eclipse (57), der Erlaß eines Präfekten, der zur Erfüllung eines Kaufvertrages ergangen sei, sei kein Verwaltungsakt.

In der Entscheidung vom 30. März 1953, Demoiselle Berry (58), hatte der CE über einen REP zu entscheiden, mit dem eine Angestellte des Hilfswerks für Flüchtlingskinder ihre Entlassung durch den Präfekten anfocht. Der CE stellte fest, der Präfekt habe als Präsident des Hilfswerks gehandelt und die Beziehungen zwischen diesem und seinen Angestellten seien

(50) Rec. S. 1009
(51) S. 1938 III S. 65
(52) RDP 1923 S. 237 Concl. Rivet
(53) S. 1931 III S. 81 Anm. P.L.
(54) D. 1957 S. 378 Concl. Mosset Anm. Laubadère
(55) Rec. S. 866
(56) Vedel D.A. S. 108
(57) Rec. S. 866
(58) Zsfg. Rec. S. 718

privatrechtlicher Art. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit sei also nicht zuständig.

Der REP ist aber zulässig, wenn die Verwaltungsbehörde hoheitlich in privatrechtliche Beziehungen eingreift, CE vom 20. Oktober 1954, Soc. nationale de constructions aéronautiques de Nord (59). Nach Art. 16 des Gesetzes vom 16. April 1946 können die Mitglieder des Betriebsrates nur mit dessen Zustimmung entlassen werden, oder, wenn dieser seine Zustimmung nicht erteilen will, mit Zustimmung des Arbeitsinspektors. Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitsinspektor die Zustimmung verweigert. Der Arbeitsminister hatte die dagegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen wurde ein REP eingelegt. Der CE ließ ihn ohne genauere Begründung zu.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ähnlich, vgl. Urt. des BVerwG vom 23.10.1960 (60), wo das Gericht für entscheidend hält, ob der Träger öffentlicher Verwaltung in Ausübung hoheitlicher Rechte handelt, oder ob er am privatrechtlich gestalteten allgemeinen Rechts-und Wirtschaftsverkehr teilnimmt.

cc) Die Theorie der Kompetenzblöcke

Es hat sich gezeigt, daß die herkömmlichen Kriterien, besonders der Begriff des service public, es nicht erlauben, die neuen rechtlichen Gebilde zu erfassen, die öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Züge haben. Diese Unsicherheit zeigte sich deutlich auf dem Gebiet des Sozialrechts. Hier schienen aber Rechtssicherheit und Klarheit der Zuständigkeitsregeln besonders notwendig, da es sich oft um Klagen juristisch ganz unerfahrener Staatsbürger handelt. Darum schlug der Commissaire du Gouvernement Mosset in den Conclusions zu der Entscheidung des CE vom 5. Februar 1954, Association El Hamidia (61) vor, Kompetenzblöcke (blocs de compétence) zu schaffen, nachdem er vorher erklärt hatte, daß die "analytische Methode" sich als zu kompliziert erwiesen habe. Er schlug vor, alle Streitigkeiten, an denen Einzelne beteiligt sind und die sich auf die Familienzuschüsse (allocations familiales) und auf die Sozialversicherung (sécurité sociale) beziehen, en bloc den ordentlichen Gerichten zuzuweisen. Das sei eine viel einfachere Regelung. Mosset hielt sie aber selbst nicht für ausreichend, um in diesem speziellen Fall die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zu rechtfertigen. Zur Begründung dieser Entscheidung schlug er daher vor, der angefochtene

(59) Rec. S. 545
(60) NJW 61 S. 137
(61) GA S. 403; Rec. S. 77; JCP 1954 II 8136 Concl. Mosset

Akt solle als Teil einer privatrechtlichen Auseinandersetzung betrachtet werden. Der CE folgte dem Commissaire du Gouvernement in Ergebnis und Begründung. Später konnte sich aber die Theorie der Kompetenzblöcke nicht durchsetzen. Der Grundsatz wurde von so vielen Ausnahmen durchlöchert, daß er seine praktische Bedeutung verlor (62). Selbst das Ergebnis der Entscheidung Association El Hamidia ist später fraglich geworden, da der Tribunal des conflits in der Entscheidung vom 10. Dezember 1956, Audouin (63), eine andere Ansicht vertreten und die Lösung des CE verworfen hat. Der CE hatte sich für unzuständig erklärt, weil das Personal der Sozialversicherung mit dieser durch privatrechtliche Beziehungen verbunden sei. Die Rechtstreitigkeiten, die sich daraus ergäben, unterfielen der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Wenn der Ausschuß für Neueinstufung des Personals (commission nationale de reclassement) die Befugnis erhalten habe, das verfügbare Personal der ehemaligen Assurances sociales den neuen Einrichtungen der Sozialversicherung zuzuweisen, so erlasse dieser Ausschuß die Einzelentscheidungen, um die es sich handele, für Rechnung und an Stelle der Institutionen der Sozialversicherung. Deshalb seien diese Entscheidungen keine Verwaltungsakte. Der CE sei also nicht zuständig. Da sich später auch ein Zivilgericht, die Cour d'appel de Douai, für unzuständig erklärte, mußte der Tribunal des conflits entscheiden. Er führte aus: Wenn auch die Einrichtungen der Sozialversicherung den Charakter privatrechtlicher Gebilde hätten und die Beziehungen zwischen ihnen und ihren Angestellten privatrechtlicher Art seien, so ergebe sich doch aus der einschlägigen Vorschrift, der Ordonnance vom 2. November 1945, daß der Ausschuß für Neueinstufung nur im allgemeinen Interesse eingerichtet worden sei und daß die von ihm getroffenen Entscheidungen ausschließlich im Namen und für Rechnung des Staates ergingen. Daraus folge, daß sie den Charakter von Verwaltungsakten hätten, deren Gültigkeit nur durch die Verwaltung - zu der in diesem Sinne auch der CE gehört - gewürdigt werden könnten. Der CE habe sich also zu Unrecht für unzuständig erklärt. Damit hat der Tribunal des conflits praktisch auch die Theorie der Kompetenzblöcke abgelehnt. Nach ihr wären die ordentlichen Gerichte zuständig gewesen.

dd) Verwaltungsakt und "voie de fait"

Neben den, wenigstens der Absicht nach, allgemeinen Abgrenzungskriterien kennt die Rechtsprechung für einige Teilgebiete besondere Regeln

(62) Siehe dazu die Anm. in GA S. 403 ff. und die dort zit. Entscheidungen
(63) GA S. 406; Rec. S. 595; D. 1957 S. 712 Concl. Guionin
(64) Tribunal des conflits vom 11. Februar 1947, Perrin, D. 1947 S. 134

der Kompetenzverteilung. Eine von ihnen ist auch für die Zulässigkeit des REP von einer gewissen Bedeutung und muß daher hier dargestellt werden. Es ist die Theorie der"voie de fait". Diese ist gegeben, wenn entweder

1. Akt vorliegt, der zwar die äußere Form eines Verwaltungsaktes, aber keinerlei gesetzliche Grundlage hat, weil er sich offensichtlich nicht auf die Anwendung eines Gesetzes oder einer Verordnung (64) oder auf die Ausübung einer anderen Befugnis der Verwaltung (65) bezieht, oder

2. eine rechtmäßige Entscheidung unter Anwendung von Gewalt vollstreckt wird, obwohl weder eine richterliche Entscheidung getroffen wurde, noch die sofortige Vollstreckung des Aktes zulässig ist (66). Das ist die herkömmliche Definition der "voie de fait" (67).

Nach der neuesten Rechtsprechung des CE muß aber noch ein Element dazu kommen. Die Verwaltungsbehörde muß durch den Akt in das Eigentum oder in Freiheitsrecht des Betroffenen eingegriffen haben (68).

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist der betreffende Akt wegen der ihm anhaftenden besonders schweren Mängel "denaturiert" (69). Er verliert seinen Charakter als Verwaltungsakt und gehört daher grundsätzlich zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Diese können die Rechtswidrigkeit feststellen, die Verwaltung zum Schadenersatz verurteilen und ihr sogar Anweisungen erteilen, um den rechtswidrigen Zustand zu beendigen. Der Schutz der Verwaltung vor den ordentlichen Gerichten, der in dem Gesetz vom 16. - 24. August 1790 angeordnet ist, greift in diesen Fällen besonders schwerer Rechtsverletzung also nicht ein.

Fraglich ist nur, ob wegen der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auch der REP unzulässig ist. Das war lange Zeit unklar, dürfte aber seit der Entscheidung des CE vom 31. Januar 1958, Soc. des établissements Lassalle-Astis (70), zu bejahen sein. Dort ließ der CE den REP gegen einen Akt zu, der nach der früheren Rechtsprechung des CE als "voie de fait" qualifiziert werden mußte. Diese Lösung ist logisch. Der REP hat besondere Vorteile für den rechtsuchenden Bürger. Insbesondere wirkt die Annullierung erga omnes. Es wäre seltsam, wenn der Richter die Annullierung eines Aktes ablehnte, weil er in besonders hohem Maße rechtswidrig ist (71).

(65) CE vom 18. November 1949, Carlier, RDP 1950 S. 172 Concl. Gazier Anm. Waline; JCP 1950 II 5535 Anm. Vedel

(66) Tribunal des conflits vom 27. November 1952, Flavigny, S. 1953 III S. 37

(67) Siehe z. B. Vedel D. A. S. 90 ff.

(68) Weil, Anm. zu CE vom 18. Februar 1961, Werquin, D. 1961 S. 611 ff., S. 613 und die dort zit. Entscheidungen

(69) Vedel D. A. S. 93

(70) Zsfg. in AJDA 1958 S. 90

ee) Zusammenfassung

Von Sonderfällen, wie der "voie de fait" abgesehen, dürfte die Zusammenfassung von Fournier (72) den augenblicklichen Stand der Rechtsprechung wiedergeben, soweit eben die Momentaufnahme einer fließenden Bewegung richtig sein kann. Fournier unterscheidet zwischen Akten "öffentlich-rechtlicher Personen des klassischen Typus" (Staat, Gebietskörperschaften, Anstalten des öffentlichen Rechts) und Akten anderer Personen, die an der Durchführung eines service public beteiligt sind. Für die Gebilde der ersten Art gilt: alle ihre Akte gehören zur Kompetenz der Verwaltungsgerichte, wenn sie in Ausübung eines service public administratif ergehen, nicht aber, wenn sie im Rahmen eines service public industriel et commercial erlassen werden. Bei den anderen Organismen, die der Gesetzgeber mit einem service public betraut hat, aber ohne sie in den Verwaltungsaufbau einzugliedern, taucht die alte Unterscheidung zwischen "actes de puissance publique" und "actes de gestion" wieder auf, wenn auch in anderer Form. Es muß sich um einen hoheitlichen Akt handeln, um eine Anwendung der Vorrechte der öffentlichen Gewalt, die dem Gebilde verliehen wurden, wenn die Verwaltungsgerichte zuständig sein sollen. Für alle anderen Akte sind die ordentlichen Gerichte zuständig.

Aber wohin tendiert die Rechtsprechung, in welche Richtung entwickelt sie sich ? Es gibt deutliche Anzeichen dafür, daß das Kriterium der puissance publique, der Anwendung hoheitlicher Gewalt, mehr und mehr an Bedeutung gewinnt (73). Schon Ségalat in den Conclusions zur Entscheidung Monpeurt hatte gesagt, die Organisationsausschüsse erließen Verwaltungsakte, wenn sie die Befugnisse ausübten, die ihnen das Gesetz zur Führung des service public übertragen habe. In dem Ausdruck "pouvoirs" (= Befugnisse) liegt schon das Moment der puissance publique. In der Entscheidung Magnier hielt der CE, neben der Ausführung eines service public, die Anwendung hoheitlicher Gewalt für maßgebend. In der Entscheidung "Groupement national d'achat des produits

(71) Siehe Fournier und Braibant zu der zit. Entsch. AJDA 1958 S. 90 Jurisclasseur administratif Bd. 5 Heft 652 S. 2

(72) In den Concl. zur Entscheidung Magnier RDP 1961 S. 155 ff.

(73) Siehe Rousset, L'idée de puissance publique en droit administratif. Thèse Grenoble 1960. Dieser stellt S. 173 ff. allerdings fest, daß die puissance publique nicht das einzige Kriterium für das öffentliche Recht sei. Sie ist aber jedenfalls von größter Bedeutung für die Bestimmung des Begriffes des Verwaltungsaktes.

oléagineux" begründete er seine Zuständigkeit nur noch damit, daß den Einrichtungen der Berufsordnung eine Entscheidungsgewalt verliehen worden sei, die ein Vorrecht der öffentlichen Gewalt darstelle.

Diese Tendenz wird auch in der Literatur festgestellt und zum Teil begrüßt (74). Vedel schlägt in einer Anmerkung zu der Entscheidung des CE vom 23. Januar 1953, Audouin (75), ein Kriterium vor, das die Begriffe Exekutive (pouvoir exécutif) und öffentliche Gewalt (puissance publique) miteinander verknüpft. In einem großen Aufsatz (76) versucht er, das von der Verfassung ausgehend zu begründen. Verwaltung sei da vorhanden, wo es sich um Tätigkeit handle, die organisch oder formell zur Ausübung der Exekutive gehöre. Der normale Handlungsmodus der Exekutive umfasse die Anwendung der puissance publique, die darum als Kriterium für die Verwaltung gelten könne (77). Unter der Verfassung von 1958 mußte Vedel seine Theorie ändern, da die Exekutive jetzt nicht mehr so klar abgrenzbar ist. Sie ist zwischen Staatspräsident und Premierminister aufgeteilt und damit "doppelköpfig" geworden. Vedel nennt jetzt das Verwaltungsrecht ganz allgemein - und wohl zu unklar - das "droit commun de la puissance publique". Das heißt, wo die öffentliche Gewalt handelt, ist grundsätzlich, aber nicht ausnahmslos, Verwaltungsrecht anzuwenden.

Endlich ist hier noch die eigenständige und eigenwillige Lehre von Rivero zu nennen, die er insbesondere in zwei Aufsätzen dargelegt hat (78). Die Regeln des Verwaltungsrechts zeichneten sich aus durch ihre Abweichungen vom bürgerlichen Recht, die durch das öffentliche Interesse gefordert würden, sei es im Sinne einer Vermehrung der Rechte öffentlich-rechtlicher Personen gegenüber den Einzelnen, sei es im Sinne einer Beschränkung dieser Rechte.

---

(74) So vor allem Waline, Anm. in RDP 1962 S. 721

(75) JCP 1954 II 7916

(76) Les bases constitutionnelles du droit administratif. EDCE 1954 S. 21 - 53.

(77) Vedel ist Schüler von Maurice Hauriou. Dieser hatte noch 1927, zur Zeit der Blüte der Ecole du service public, gegen deren Übermacht fast allein die Theorie von der puissance publique hochgehalten. Siehe das Vorwort zur 11. Aufl. seines Précis: "La puissance publique et les services publics"

(78) Existe-t-il un critère du droit administratif ? RDP 1953 S. 280 ff.
Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif. In: Archives de philosophie du droit. Nouvelle Série 1952 S. 147 ff.

In der Tat zeigt sich in der Entwicklung des französischen Verwaltungsrechts, daß materielle Kriterien bei seiner Abgrenzung versagen. Man kann nicht den Gegenstand und das Ziel des Handelns als Kriterium für das anwendbare Recht heranziehen, wie es die "école du service public" versucht hat. Wie weit der Staat seine Tätigkeit erstrecken will, ist eine politische Entscheidung. Und wie weit er dabei entweder auf der Ebene des bürgerlichen Rechts bleibt oder Sonderrechte in Anspruch nimmt, denen Sonderpflichten entsprechen, ist ebenfalls eine Frage der Zweckmäßigkeit.

Wo aber der Staat für seine Tätigkeit Formen wählt, die dem einzelnen Staatsbürger nicht zugänglich sind, ist ein Sonderrecht, eben das öffentliche Recht, anzuwenden. Und wo der Staat oder, auf seinen Auftrag hin und mit seiner Ermächtigung, andere gesellschaftliche Gebilde einseitig rechtsverbindliche Anordnungen erlassen, ist ein gerichtlich nachprüfbarer Verwaltungsakt gegeben. Die richterliche Kontrolle mildert die Gefahren der einseitigen Entscheidungsgewalt der Verwaltung.

Für das französische Recht gilt: Was die klassischen Verwaltungsbehörden angeht, also die in der Verfassung vorgesehenen Organe, die in die Hierarchie eingegliederten Behörden und die mit Verwaltungsaufgaben betrauten juristischen Personen des öffentlichen Rechts, so ist ihre Tätigkeit grundsätzlich und in der Regel durch öffentliches Recht bestimmt. Insbesondere sind ihre mit Rechtswirkungen ausgestatteten Akte im Zweifel Verwaltungsakte. Ausnahmen bestehen dort, wo sich die Behörde für bestimmte Einzelfälle bewußt auf die Ebene des Privatrechts begibt, z.B. zur Verwaltung ihres Fiskalvermögens. Insoweit wird die Subjektstheorie (79) bestätigt.

Wo es sich aber um Zwischengebilde zwischen öffentlichem und Privatrecht handelt, läßt sich die umgekehrte Vermutung aufstellen. Ihr Handeln ist nur dann öffentlich-rechtlich, wenn es von Sonderrechten Gebrauch macht oder Sonderpflichten unterworfen ist. Das ist insbesondere der Fall, wo einseitige, bindende Entscheidungen erlassen werden. Diese Entscheidungen sind Verwaltungsakte, die mit dem REP angefochten werden können.

---

(79) Wolff S. 86 ff.

2. § 5. Verwaltungsakte und Akte der ordentlichen Gerichte

Ausgehend von den Prinzipien der französischen Revolution haben sich im Laufe des 19. Jahrhunderts die zwei großen Gerichtszweige, ordentliche und Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelt (siehe dazu oben B I 1). Aus deren Trennung, ganz gleich, wie man sie begründet, ergibt sich, daß auch der ordentlichen Gerichtsbarkeit ein Bereich zustehen muß, in dem sie selbständig entscheiden kann, ohne daß sich die Verwaltungsgerichte einmischen. Darum ist der REP gegen Akte, welche durch Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Ausübung ihrer Funktionen erlassen werden, nicht zulässig (1). Dagegen läßt ihn der CE gegen Akte zu, die die Organisation der ordentlichen Gerichtsbarkeit regeln. Hier handelt es sich, nach Ansicht des CE, um eine Angelegenheit der Verwaltung, die mit der Rechtsprechungsfunktion nichts zu tun hat. Die Unterscheidung zwischen "organisation et fonctionnement des services judiciaires" (2) ist allerdings sehr unscharf.

Zum "Funktionieren" der ordentlichen Gerichtsbarkeit gehören (3)

a) die Akte, die das Urteil eines ordentlichen Gerichts vorbereiten.
Ein solcher Akt ist z. B. die Eintragung oder die Ablehnung der Eintragung in die Liste der Sachverständigen bei einem ordentlichen Gericht. Der CE wies den REP gegen eine solche Entscheidung als unzulässig ab. CE vom 21. Juli 1937, Krief (4). Die Bedingungen, unter denen die Sachverständigen durch die ordentlichen Gerichte bestimmt werden, bezögen sich direkt auf die Ausübung der Funktionen der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Ebenso ist der REP unzulässig, wenn die "Einschreibung als Militärdienstflüchtiger" (inscription sur l'état des insoumis) angefochten wird, CE vom 14. November 1919, Brocard (5). Der CE sagt, das sei die einfache Feststellung einer Tatsache, die eventuell dazu bestimmt sei, als Grundlage für eine Strafverfolgung zu dienen. Es sei keine Verwaltungsentscheidung.

---

(1) Vedel, D. A. S. 94 spricht von "litiges relatifs au fonctionnement de la justice civile et criminelle". Waline, Traité S. 505 spricht von "actes judiciaires."

(2) Waline, Traité S. 508

(3) Vgl. zum folgenden:
Liet-Veaux et Veaux, De la compétence des juridictions administratives pour connaître de la validité des actes se rattachant au service de la justice judiciaire. RDP 1945 S. 421
Gour, Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif. Paris 1959

(4) Rec. S. 750

(5) Rec. S. 816

Der CE weist den REP auch ab, gegen die Weigerung des Staatsanwalts, die öffentliche Klage zu erheben, CE vom 25. Januar 1950, Maiboroda (6). Diese Entscheidung werde aufgrund von Befugnissen getroffen, die zur ordentlichen Gerichtsbarkeit gehörten und die durch die Strafprozeßordnung verliehen würden.

Selbst Entscheidungen des Justizministers oder der Regierung können das Funktionieren der ordentlichen Gerichtsbarkeit betreffen. In der Entscheidung des CE vom 17. November 1911, Letot (7), ging es um folgenden Fall: Gegen Letot waren zwei Entscheidungen von Strafgerichten ergangen. Der Generalstaatsanwalt konnte diese Entscheidungen noch von der Cour de Cassation nachprüfen lassen, und der Justizminister konnte ihn aufgrund des Art. 441 der Strafprozeßordnung dazu anweisen. Er weigerte sich, diese Anweisung zu geben. Dagegen richtete sich der REP von Letot. Der CE wies ihn als unzulässig ab, da Art. 441 dem Justizminister einen "pouvoir d'ordre judiciaire" verleihe, das heißt dem Sinne nach, daß der Justizminister im Rahmen des Art. 441 als Organ der ordentlichen Gerichtsbarkeit handele.

Ein weiteres typisches Beispiel bietet die Entscheidung des CE vom 1. März 1939, Troncosco (8). Troncosco u.a. hatten vom Justizminister verlangt, während ihrer Untersuchungshaft den Status politischer Häftlinge zu erhalten. Den ablehnenden Bescheid fochten sie mit dem REP an. Der CE wies diesen als unzulässig ab, weil die angefochtene Entscheidung mit dem Ermittlungsverfahren vor den ordentlichen Gerichten zusammenhänge.

Gerade unter der V. Republik sind Entscheidungen der Exekutive auf dem Gebiet der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht selten. Vergleiche etwa die Entscheidung des CE vom 11. Mai 1962, Salan (9). Der Staatspräsident hatte aufgrund des Art. 16 der Verfassung einen Militärgerichtshof errichtet. In dieser Regelung war vorgesehen, daß die Täter und Teilnehmer bestimmter Verbrechen gegen die Sicherheit des Staates und die Disziplin der Armee durch D e k r e t vor den Militärgerichtshof gebracht werden könnten. Salan focht das ihn betreffende Dekret an. Der CE wies den REP wegen Unzuständigkeit ab. Das Dekret habe nur zum Inhalt, das zuständige Gericht zu bestimmen. Es sei eng mit der Strafverfolgung verbunden und könne darum nicht als Verwaltungsakt angesehen werden, der

(6) Rec. S. 55
(7) Rec. S. 816
(8) S. 1939 III S. 56
(9) RDP 1962 S. 553

von dem strafgerichtlichen Verfahren trennbar sei.

Zur Vorbereitung der Urteile gehören auch die Akte der "police judiciaire", der Polizei als Strafverfolgungsbehörde. CE vom 29. Januar 1954, Dame Jolivot (10): Frau Jolivot hatte sich an den Feldhüter um Hilfe gewandt gegen die Belästigungen und Drohungen, deren Opfer sie war. Der Bürgermeister als Dienstvorgesetzter verbot dem Feldhüter,dieser Bitte zu willfahren. Dagegen wandte sich Frau Jolivot mit dem REP. Der CE wies ihn als unzulässig ab. Er könne die Legalität der Entscheidung nicht prüfen, weil der Bürgermeister als Strafverfolgungsbehörde gehandelt habe.

Für die Unterscheidung zwischen "police administrative" und "police judiciaire" ist die Entscheidung des CE vom 24. Juni 1960, SARL "Le Monde" (11), besonders interessant. Der Präfekt von Algier hatte alle Exemplare einer Nummer der Zeitung "Le Monde", die zum Verkauf in Algerien bestimmt waren (4.762 Exemplare), beschlagnahmt. Er hatte sich dafür auf Art. 10 der Strafprozeßordnung gestützt. Danach können die Präfekten im Dringlichkeitsfall alle notwendigen Maßnahmen treffen, um Verbrechen und Vergehen gegen die innere und äußere Sicherheit des Staates festzustellen und die Täter an die zuständigen Gerichte zu überführen. Der Präfekt hatte einen Verstoß gegen Art. 80 Code pénal (Verstoß gegen die äußere Sicherheit des Staates) für gegeben angesehen. Der Tribunal administratif von Algier hatte den REP gegen diese Maßnahme als unzulässig abgewiesen. Der CE als Berufungsgericht hob das Urteil auf und verwies den Streit zur sachlichen Prüfung an den Tribunal administratif zurück. Der Commissaire du Gouvernement Heumann vertrat in seinen Conclusions die Ansicht, es habe sich in Wahrheit nicht um eine Maßnahme der Strafverfolgung, sondern um die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gehandelt. Er begründete das unter anderem damit, daß es zur Sicherung des Beweises genügt hätte, nur wenige Exemplare zu beschlagnahmen. Die Aufrechterhaltung der Ordnung sei aber eine Verwaltungsmaßnahme und die Verwaltungsgerichte seien zuständig. Der CE folgte diesen Ausführungen. Aus den Umständen ergebe sich, daß die Beschlagnahme nur erfolgt sei, um die Verbreitung eines in der Zeitung enthaltenen Artikels zu verhindern. Die Beschlagnahme könne daher mit dem REP angefochten werden.

(10) Rec. S. 61

(11) Rec. S. 412 Concl. Heumann

b) Akte, die zur Ausführung eines Urteils der ordentlichen Gerichte dienen

Diese sind unanfechtbar, auch wenn sie von einer Verwaltungsbehörde ausgehen. Durch Urteil eines Strafgerichts waren bestimmte Waren von M. Gauthier konfisziert worden. Der Chef der zuständigen Wirtschaftskontrollbehörde verlangte nun von Gauthier Herausgabe der Waren oder Zahlung des Geldwertes in Höhe von 203.467. -- Francs. Dagegen wandte sich Gauthier mit dem REP. Der CE wies ihn als unzulässig ab, weil sich der Chef der Wirtschaftskontrollbehörde darauf beschränkt habe, die Ausführung des gerichtlichen Urteils zu betreiben. CE vom 2. Februar 1944, Gauthier (12).

Auch gegen Maßnahmen im Strafvollzug hält der CE den REP für unzulässig, aber mit verschiedenen Begründungen. In der Entscheidung vom 28. Juli 1932, Brunaux (13), waren Gegenstand des Verfahrens

1. die Entscheidung des Gefängnisdirektors, Brunaux mit 15 Tagen Einzelhaft zu bestrafen,
2. die Entscheidung des Justizministers, diese Strafe auf 60 Tage zu erhöhen.

Der CE wies den REP als unzulässig ab. Es handele sich um Maßnahmen der inneren Ordnung (14), getroffen durch die Gefängnisverwaltung gegenüber einem Strafgefangenen. Sie könnten nicht vor den CE gebracht werden.

Später focht Brunaux noch einmal verschiedene in der Entscheidung nicht näher bezeichnete Maßnahmen der Gefängnisverwaltung und der ordentlichen Gerichtsbarkeit an. Der CE wies in der Entscheidung vom 6. März 1935, Brunaux (15), die REP ab, da sie sich entweder auf die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der inneren Ordnung bezögen oder auf die von der ordentlichen Gerichtsbarkeit festgesetzte Art und Weise des Strafvollzugs.

Seit der Entscheidung vom 28. März 1947, Gombert (16), begründet der CE auch die Unanfechtbarkeit von Gnadenentscheidungen damit, daß sie mit der Ausübung der ordentlichen Gerichtsbarkeit zusammenhängen (17).

Der CE hält aber die Verwaltungsgerichte für zuständig, die Dekrete nachzuprüfen, die ein Amnestiegesetz auf einen bestimmten Einzelfall anwenden, CE vom 24. November 1961, Eléctricité de Strasbourg (18).

(12) Rec. S. 41 (13) Rec. S. 816
(14) mesures d'ordre intérieur. Siehe dazu unten B. I. 6.
(15) Rec. S. 295 (16) RDP 1947 S. 95 Anm. Waline
(17) Siehe dazu unten B. I. 5. (18) RDP 1962 S. 352 Concl. Heumann S. 339

Die Entscheidung erging im Verfahren "zur Würdigung der Rechtmäßigkeit" (recours en appréciation de la légalité). Wenn die Entscheidung eines Zivilgerichts von der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes abhängt, setzt das Gericht das Verfahren aus. Die Parteien können dann das Verwaltungsgericht anrufen, das für einen "recours en annullation" gegen den betreffenden Akt zuständig wäre (19). Da der REP der weitaus wichtigste Fall der "recours en annullation" ist, decken sich also insoweit die Zulässigkeitsvoraussetzungen. Wenn der CE den "recours en appréciation de la légalité" gegen die zur Anwendung eines Amnestiegesetzes ergangenen Dekrete zuläßt, ist gegen sie auch der REP zulässig. In seinen Conclusions stellte Heumann zunächst den Unterschied zwischen Gnade und Amnestie heraus. Die Amnestie beseitige , ganz gleich, wann sie ergehe, den Gesetzesverstoß, die Strafverfolgungsmaßnahmen und die Verurteilung. Dagegen lasse die Gnadenentscheidung dies alles bestehen und erlasse dem Verurteilten nur den Vollzug der Strafe. Herkömmlicherweise sei die Amnestie eine generelle Maßnahme, die eine bestimmte Gruppe von Verbrechen betreffe, welche unter gewissen Umständen oder in einem gewissen Zeitraum begangen worden seien. Dagegen sei die Gnade ein Akt des Staatsoberhauptes zugunsten einer bestimmten Person.

Durch das Amnestiegesetz vom 5. Januar 1951 wurde eine neue Art von Amnestie geschaffen: die Gewährung der Amnestie durch Einzelmaßnahmen.

Im Gesetz ist für bestimmte Verbrechen eine Amnestie vorgesehen, aber nur unter Bedingungen, z. B., daß schon eine Verurteilung wegen der von der Amnestie erfaßten Delikte erfolgt ist, dass nicht schon wegen anderer Vergehen und Verbrechen eine Gefängnisstrafe verhängt worden ist u. ä. Ob diese Bedingungen im Einzelfall erfüllt sind, wird durch Dekret des Regierungschefs festgestellt. Heumann hielt diese Dekrete für anfechtbare Verwaltungsakte. Er wies darauf hin, daß der Gesetzgeber die Bedingungen für die Amnestie genau festgesetzt habe. Das Dekret habe auch nicht nur den Erlaß des Strafvollzugs zum Gegenstand, so daß die Gründe, die in der Entscheidung Gombert für die Unanfechtbarkeit der Gnadenentscheidung angeführt seien, nicht zuträfen. Die ordentlichen Gerichte prüften die Amnestiedekrete nicht nach. Wenn nun auch die Verwaltungsgerichte ihre Zuständigkeit verneinten, so komme das einer Rechtsverweigerung gleich und die Einhaltung des Amnestiegesetzes sei nicht gesichert. Der CE schloß sich dieser Ansicht an. Die Dekrete seien Entscheidungen einer Verwaltungsbehörde, gegen die nach

(19) Art. 2 Ziffer 6 und Art. 6 § 2 des Dekretes vom 28. November 1953. Dazu Vedel D. A., S. 345

Art. 2 Ziffer 1 des Dekrets vom 30. September 1953 und Art. 2 Ziff. 6 des Dekrets vom 28. November 1953 der REP und der "recours en appréciation de la légalité" zulässig seien. Daß diese Dekrete nach einer Verurteilung durch ordentliche Gerichte ergingen, stehe ihrer Nachprüfbarkeit durch die Verwaltungsgerichte nicht entgegen.

Auch in der Entscheidung vom 21. November 1963, Dalmas de Polignac (20), ließ der CE den REP gegen Entscheidungen zu, die zur Anwendung eines Amnestiegesetzes ergangen waren.

An dieser Rechtsprechung ist wichtig, daß unterschieden wird zwischen der Gnadenentscheidung im Einzelfall und der genau normierten Amnestie. Die Gnadenentscheidung ist nur der Nachprüfung durch den Richter entzogen, weil und solange sie nicht durch Vorschriften geregelt ist. Für die richterliche Nachprüfung fehlt dann jeder Maßstab. Wenn aber solche Entscheidungen normiert sind - ob durch Gesetz, Verordnung oder durch interne Gnadenordnungen - dann muß die Nachprüfung möglich sein. Bei einer Regelung durch Gesetz oder Verordnung ist das selbstverständlich, denn welchen Sinn haben diese Vorschriften, wenn ihre Einhaltung nicht kontrolliert wird ? Aber das muß auch für die Gnadenordnungen gelten (21). Wenn sich die Gnadenbehörde in 99 Fällen an diese Regelung hält und im 100sten nicht, so ist der Verdacht der Willkür begründet. Durch jede Normierung ändert sich das Wesen der Gnadenentscheidung. Für diese ist dann ein Prüfungsmaßstab vorhanden, an dem sie der Richter messen kann (22). Ob durch den normierten Einzelakt nur der Strafvollzug erlassen oder die Gesetzesverletzung mit all ihren Folgen ausgelöscht wird, ist eine sekundäre Frage.

c) Akte gegenüber Organen der Rechtspflege außerhalb der Gerichte (officiers ministeriels et auxiliaires de la justice)
Der Generalstaatsanwalt bei der Cour d'appel von Saigon hatte den Kläger, einen Anwalt (avocat), aufgefordert, seine Tätigkeit als Mitglied von Verwaltungsräten aufzugeben, anderenfalls würden disziplinäre Maßnahmen eingeleitet. Dagegen erhob der Kläger den REP. In der Entscheidung vom 26. April 1939, Lambert (23), wies der CE den REP als unzulässig ab. Der Generalstaatsanwalt habe in Ausübung der

(20) D. 1964 S. 161 Anm. Debbasch
(21) Vgl. aber OVG Hamburg, JZ 1961 S. 65 Anm. Dürig; BVerwG JZ 1963 S. 26 Anm. Maurer
(22) Ähnlich Dürig a.a.O.
(23) Rec. S. 263

Befugnisse gehandelt, die ihm verliehen seien, um das gute Funktionieren der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu sichern. Das ist die vom CE in Fällen dieser Art häufig angewandte Formel.

Ähnlich für die Abberufung des Verwalters erbenloser Nachlässe (curateur aux successions vacantes), CE vom 11. Mai 1953, Roffé (24), und für die Entscheidung des Justizministers, trotz einer Beschwerde, kein Disziplinarverfahren gegen einen Notar einleiten zu lassen, CE vom 10. Februar 1922, Violteau (25).

Der REP ist dagegen zulässig gegen Akte, die die Organisation der ordentlichen Gerichtsbarkeit betreffen. Der Commissaire du Gouvernement Jean Donnedieu de Vabres, in den Conclusions zu der Entscheidung des CE vom 17. April 1953, Falco et Vidaillac (26), rechnet dazu die Schaffung der Gerichte, ihre Verteilung auf dem Territorium, ihre allgemeine Organisation, die Ernennung und Beförderung der Richter.

So ließ der CE in der Entscheidung vom 23. Mai 1952, Ville de Die (27), ohne weitere Begründung den REP einer Stadt zu gegen die Auflösung eines dort gelegenen Amtsgerichts.

In der Entscheidung vom 27. Mai 1949, Veron-Reville (28), prüfte der CE die Wiedereinstellung eines Richters nach. Der Kläger war aus seinem Amt als Richter am Amtsgericht Bordeaux entlassen worden. Der CE hatte die Entscheidung annulliert. Der Kläger war wiedereingestellt, aber auf eine Richterstelle in Limoges berufen worden. Dagegen wandte er sich erneut mit dem REP, den der CE zuließ und auch für begründet hielt.

Schließlich annullierte der CE in der Entscheidung vom 22. Januar 1954, Ratzel (29), ein "tableau d'avancement" (das ist ein Erlaß, der alle in einer Rangklasse vorgenommenen Beförderungen enthält), in dem der Kläger, Vizepräsident eines Gerichts in Saigon, nicht berücksichtigt war.

Schwierigkeiten der Abgrenzung ergeben sich bei Akten, die das Hilfspersonal der Gerichte betreffen. Das zeigt sich etwa in der Entscheidung vom 13. Juli 1961, Jobard (30). Der Commissaire du Gouvernement Kahn

(24) S. 1954 III S. 1 Anm. Laubadère
(25) Rec. S. 120
(26) RDP 1953 S. 458, hier S. 462
(27) Rec. S. 278
(28) Rec. S. 247
(29) Rec. S. 46
(30) Rec. S. 469

plädierte, nachdem er die Rechtsprechung des CE zu diesem Problem dargestellt hatte, für Zulässigkeit des REP, weil die angefochtene Maßnahme, Ablehnung der Eintragung in die Liste der syndics et administrateurs judiciaires (das sind die Personen, die von den Gerichten zur Vermögensverwaltung herangezogen werden können) zur Organisation der Gerichte gehören. Der CE war anderer Ansicht. Er rechnete sie zum Funktionieren der ordentlichen Gerichtsbarkeit und erklärte den REP für unzulässig.

Es ist klar, daß eine scharfe Abgrenzung zwischen dem Funktionieren und der Organisation der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht möglich ist. Darum erregen die Entscheidungen des CE in diesem Grenzbereich nicht selten widerspruch. So z. B. die Entscheidung Falco et Vidaillac (31). Durch die Verfassung von 1946 wurde ein "Conseil supérieur de la Magistrature" gebildet, der zusammen mit dem Staatspräsidenten für die Ernennung und Beförderung der Richter zuständig ist. Ein Teil seiner Mitglieder wurde durch die Richter gewählt. Ein Wahlausschuß, der aus Mitgliedern des Conseil gebildet wurde, zählte und bewertete die Stimmen. Gegen eine Entscheidung dieses Ausschusses wurde der REP erhoben. Der CE ließ ihn zu. Der Conseil, dessen wesentliche Aufgabe es sei, die Unabhängigkeit der Richter zu sichern, sei ein Teil der Organisation der gesamten ordentlichen Gerichtsbarkeit. Deshalb sei die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig für die Streitigkeiten über seine Zusammensetzung und über die Wahl seiner Mitglieder. Zwar sei ein Teil seiner Entscheidungen ihrer Natur nach dem Verwaltungsrichter entzogen, und es sei auch richtig, daß der Conseil nur aus hohen Richtern ordentlicher Gerichte bestehe. Aber aus der ihm anvertrauten Aufgabe folge sein Charakter als Verwaltungsbehörde. Seine Beschlüsse seien keine gerichtlichen Entscheidungen. Der CE bekräftigte in diesem Urteil die Ansicht, die er in der Entscheidung Dame Lamotte (32) vertreten hatte. Das Gesetz über den Conseil supérieur erklärte nämlich die Entscheidungen des Wahlausschusses für unanfechtbar. Trotzdem hielt der CE den REP für zulässig. Dieser Rechtsbehelf sei immer gegeben, wenn er nicht ausdrücklich durch Gesetz ausgeschlossen sei. Das folge aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

Diese Entscheidung des CE wurde von der Wissenschaft nicht gebilligt (33). Waline hob hervor, durch die Verfassung sei dem Conseil supérieur die Aufgabe übertragen, "die Disziplin der Richter, ihre Unabhängigkeit

(31) RDP 1953 S. 448 Anm. Waline; JCP 1953 II 7598 Anm. Vedel
(32) Siehe dazu oben A. I. 2.
(33) Siehe die Anmerkungen von Walin und Vedel

und die Verwaltung der ordentlichen Gerichte gemäß den geltenden Gesetzen zu sichern". Im vorliegenden Fall handele es sich um die Zusammensetzung eines Gebildes, das die Verantwortung für das gute Funktionieren der ordentlichen Gerichtsbarkeit trage. Welcher Akt könne genauer der herkömmlichen Definition eines unanfechtbaren acte judiciaire entsprechen ! Es handele sich um den Umsturz einer ständigen Rechtsprechung.

Aber die Reform des Conseil supérieur durch die Verfassung von 1958 gab dem CE keinen Anlaß, von seiner Rechtsprechung abzugehen. Alle Mitglieder des Conseil werden jetzt vom Präsidenten der Republik ernannt. Bei den Ernennungen der Richter hat der Conseil nur ein Recht zur Stellungnahme. Sein Status ist also jetzt noch mehr von der Judikative zur Exekutive hin verschoben worden.

Wenn man versucht, die Rechtsprechung zusammenzufassen und ihren Grundgedanken zu formulieren, so ist vom organisatorischen Kriterium auszugehen. Soweit Spruchkörper der ordentlichen Gerichte handeln, ist der REP jedenfalls unzulässig. Es handelt sich dann nie um Verwaltungsakte. Bei den Akten anderer Behörden muß auf ein zugleich materielles und funktionelles Kriterium zurückgegriffen werden. Es kommt dann darauf an, ob sich der Akt seinem Inhalt nach (materiell) auf die Tätigkeit der ordentlichen Gerichte bezieht (funktionell) (34).

Im deutschen Recht ergibt sich schon aus der Regelung des Rechtsweges in § 40 VwGO und aus der formellen und organisatorischen Definition des Rechtsprechungsaktes im Gegensatz zum Verwaltungsakt, daß die Entscheidungen der Spruchkörper ordentlicher Gerichte nicht vor den Verwaltungsgerichten anfechtbar sind. Die Maßnahmen von Justizbehörden "zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts .. des Zivilprozesses, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Strafrechtspflege" sind durch § 23 I EGGVG der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte unterworfen. Dazu gehört auch die Zulassung von Prozeßagenten (35). Die Parallele zu den unanfechtbaren actes judiciaires ist offensichtlich. Dahinter steht in beiden Rechten der Gedanke, der ordentlichen Gerichtsbarkeit ihre Selbständigkeit zu bewahren, und sie nicht der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte zu unterwerfen. Schließlich sind die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit auch ihrer Sachkenntnis nach hier kompetenter als die Verwaltungsrichter. Trotzdem soll aber der Rechtsschutz der Einzelnen gesichert bleiben.

(34) Ähnlich Liet-Veaux et Veaux a. a. O. S. 420. Der Sache nach auch Gour a. a. O. S. 433 ff. Er hält zwar das organisatorische Kriterium für allein entscheidend, qualifiziert aber dann Behörden außerhalb der ordentlichen Gerichte als autorités judiciaires, wenn sie Akte auf dem Gebiet der ordentlichen Gerichtsbarkeit erlassen. Damit ist aber auf den Inhalt des Aktes, nicht auf den Charakter der erlassenden Stelle abgestellt !

Ein dem REP entsprechender Rechtsbehelf besteht bei den ordentlichen Gerichten nicht; daher die Zulässigkeit des REP gegen Maßnahmen, die Richter und Hilfspersonal der Justiz im Grundverhältnis treffen.

Im deutschen Recht bestehen für die Angelegenheiten der Richter besondere Dienstgerichte (§§ 61 I, 78 DRiG), welche die Rechte der Richter sichern. Für die Justizbeamten ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben (§§ 126, 127 BRRG). Über die Angelegenheiten der Rechtsanwälte entscheiden Ehrengerichte, Ehrengerichtshöfe und der Senat für Anwaltssachen beim BGH (§§ 40, 42, 150 ff, 157, 223 BRAO). Die Notare endlich können sich an die Oberlandesgerichte und an den BGH wenden (§ 111 BNotO). Die Einrichtung und Aufhebung von Gerichten ist nach deutschem Recht kein Verwaltungsakt, weil es an der Außenwirkung fehlt. Jedenfalls verletzt sie aber kein subjektives Recht und ist deshalb nicht anfechtbar. Die Gnadenentscheidungen werfen andere Probleme auf. Sie wurden in diesem Kapitel behandelt, weil sie die französische Rechtsprechung als actes judiciaires qualifiziert.

3. § 6. Verwaltungsakte und gerichtliche Entscheidungen

Wenn feststeht, daß der angefochtene Akt kein "acte judiciaire" ist, also nicht in den Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit fällt, ist weiter zu prüfen, ob es sich um einen Akt der aktiven Verwaltung oder um einen Rechtsprechungsakt auf dem Gebiet der Verwaltung handelt. Nur gegen den ersteren ist der REP zulässig, gegen letzteren unter Umständen der recours en cassation. Die Unterscheidung ist von praktischer Bedeutung. Im Kassationsverfahren hat der CE geringere Möglichkeiten der Sachaufklärung. Vor allem aber fällt der Befugnismißbrauch (détournement de pouvoir) als Aufhebungsgrund weg. Nun taucht das Problem auf, wie sich ein Gericht von einer Verwaltungsbehörde und wie sich die gerichtliche Entscheidung vom Verwaltungsakt unterscheidet. Diese Frage wurde in der französischen Wissenschaft viel erörtert. Die Entwicklung und der heutige Stand der Lehre können hier nicht dargestellt werden (1). Eine allgemein gültige Abgrenzung ist auch kaum möglich. Es kommt vielmehr auf die konkrete Verfassungsordnung an, deren geschichtliche Entwicklung dabei auch eine große Rolle spielt. Hier ist nur wichtig, gegen welche Akte der CE den REP zuläßt. Seine Rechtsprechung ist natürlich von der Wissenschaft beeinflußt. Aber er hat sich nie für eine Lehrmeinung entschieden und sich, wie sich bei der Kürze seiner Entscheidungen von selbst versteht, auch nie auf eine Auseinandersetzung mit der Wissenschaft eingelassen.

Das Problem tauchte für den CE erst auf, als er die Theorie vom Minister als Richter (théorie du ministre-juge) aufgegeben hatte. Bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts war grundsätzlich anerkannt, daß die Verwaltung über die Verwaltungsrechtsstreitigkeiten entschied, das heißt, daß jeder Minister für seinen Bereich die Jurisdiktion hatte, wenn nicht ausdrücklich ein Verwaltungsgericht für zuständig erklärt war. Er war "juge du droit commun". Der CE wurde als eine Art Berufungsrichter gegen die Entscheidungen des Ministers angesehen. In der Entscheidung vom 13. Dezember 1889, Cadot (2), ließ der CE den REP gegen die Entscheidung eines Gemeinderates zu, obwohl der Minister darüber noch nicht entschieden hatte. Er erklärte sich damit, den Conclusions des Commissaire du Gouvernement Jagerschmidt folgend, zum "grundsätzlich zuständigen Richter in Verwaltungssachen" (juge de droit commun en matière administrative) und gab so die Theorie vom Minister als Verwaltungsrichter auf. Er nahm aber auch später keine eindeutige

(1) Eine Darstellung der französischen Lehre gibt Lampué, La notion d'acte juridictionnel. RDP 1946 S. 38

(2) S. 1892 III S. 17 Concl. Jagerschmidt Anm. Hauriou

Definition der Begriffe "Gericht" und "gerichtliche Entscheidung" an, die eine einigermaßen sichere Unterscheidung von der Verwaltungsbehörde und von Verwaltungsakt ermöglichen würde. Seine Methode ist vielmehr:

a) Er versucht festzustellen, ob der Gesetzgeber ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde schaffen wollte (3).
b) Sehr oft ist diese Untersuchung ohne eindeutiges Ergebnis. Der Gesetzgeber hat sich entweder über dieses Problem keine Gedanken gemacht oder er hat bewußt eine eindeutige Entscheidung vermieden, um der Rechtsprechung freie Hand zu lassen. Dann prüft der CE die verschiedenen Anhaltspunkte, die für die eine oder andere Lösung sprechen (4).

Einige typische Entscheidungen seien hier dargestellt.
CE vom 19. Februar 1943, Bugnet (5). Ein Ausschuß, bestehend aus Richtern beim Appellationshof (Cour d'appel) und beim Amtsgericht (Tribunal de première instance) bestimmt die Eintragung in die Liste der zugelassenen Wirtschaftsprüfer (commissaires aux comptes) und verhängt die schweren Disziplinarstrafen. Es ging nun darum, ob seine Entscheidungen Rechtsprechungs- oder Verwaltungsakte sind. Der Commissaire du Gouvernement Léonard unterschied:
Die Entscheidungen in Disziplinarsachen seien Rechtsprechungsakte, die Entscheidungen über die Eintragungen seien Verwaltungsakte. Bei der Eintragung liege kein Streit vor (keine " contestation préalable"). Der Ausschuß handele hier als Verwaltungsbehörde. Er wirke an einem service public mit, dessen Aufgabe die Kontrolle der Wirtschaftsprüfer sei. Dagegen seien alle Bedingungen für die Rechtsprechung gegeben, wenn der Ausschuß auf disziplinärem Gebiet entscheide: die sachliche Unabhängigkeit, denn der Ausschuß sei keiner übergeordneten Stelle unterworfen; die Objektivität, denn er sei an der Bestrafung derer, über die er urteilt, nicht interessiert; die Entscheidungsbefugnis, denn er beschränke sich nicht auf eine Stellungnahme, sondern entscheide selbst. Der Commissaire du Gouvernement fügte hinzu, daß auch das in Disziplinarangelegenheiten vorgeschriebene Verfahren den Rechtsprechungscharakter betone. Je nach der Natur des zu erlassenden Aktes übe der Ausschuß also aktive Verwaltung oder Verwaltungsrechtsprechung aus. Der CE ging auf die Frage überhaupt nicht ein, folgte aber im Ergebnis dem Commissaire du Gouvernement.

(3) Vgl. die Concl. Odent zu CE vom 7. Februar 1947, d'Aillères, RDP 1947 S. 81
(4) Auby-Drago, Bd. 1 S. 227 nennen das den "impressionistischen Charakter der Rechtsprechung".
(5) D. soc. 1943 S. 173 Concl. Léonard

In der Entscheidung des CE vom 12. Dezember 1953, de Bayo (6), handelte es sich ebenfalls um die Berufsverwaltung, nämlich um die Disziplinarkammer der Tierärzte. Diese ist auch für die Eintragung als Tierarzt zuständig. Der CE hielt an der Ansicht des Commissaire du Gouvernement Léonard fest und qualifizierte die Entscheidungen über die Eintragung als Verwaltungsakte, da sie "angesichts der Natur dieser Materie", ganz gleich in welcher Form entschieden werde, nicht den Charakter von gerichtlichen Entscheidungen hätten.

Wichtig ist weiter die Entscheidung des CE vom 6. Dezember 1955, Epoux Deltel (7). Jugoslawien und Frankreich hatten einen Vertrag geschlossen über die Entschädigung für Einbußen, die französische Bürger von 1940 - 1945 in Jugoslawien erlitten hatten. Jugoslawien stellte einen bestimmten Betrag zur Verfügung. Zur Entscheidung über die Verteilung dieses Betrages wurden Ausschüsse geschaffen, die aus einem Kammervorsitzenden bei der Cour de Cassation, je einem Richter der Cour de Cassation und der Cour des Comptes (Rechnungshof) und einem Beamten des Außenministeriums bestanden. Der CE hatte zu prüfen, ob der Ausschuß ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde sei. Der Commissaire du Gouvernement Laurent ging bei der Lösung dieser Frage folgendermaßen vor. Nur der Gesetzgeber könne ein Gericht schaffen. Er habe sich nicht klar ausgesprochen. Die Zusammensetzung der Ausschüsse lasse noch keinen sicheren Schluß zu, auch die Tatsache nicht, daß sie ihr Verfahren selbst bestimmten und "souverän" entschieden. Laurent prüfte dann die Materialien des Gesetzes, kam aber auch dadurch nicht zu einem sicheren Ergebnis. Er meinte, da es an einer klaren Bestimmung fehle, müßten die Grundzüge der Regelung in ihrer Gesamtheit geprüft werden. Wie bei der Unterscheidung zwischen ordentlicher und Verwaltungsgerichtsbarkeit müßten dabei materielle Kriterien herangezogen, das heißt die Natur und der Gegenstand des Streites untersucht werden. Es handele sich hier um die Verteilung öffentlicher Gelder. Die Kommission habe nicht über Rechtstreitigkeiten zu entscheiden. Selbst wenn Differenzen aufträten, seien sie doch nicht privatrechtlicher Art. Es handele sich also keinesfalls um Akte der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Hier tauchte dann das Problem des Regierungsaktes auf (siehe dazu unten B I 5). Laurent stellte schließlich fest, es bleibe nur noch die Wahl zwischen Verwaltungsgericht und Verwaltungsbehörde. Das Verfahren spreche zwar für die erste Lösung. Keine gesetzliche Bestimmung sei aber wirklich zwingend. Er, Laurent, erkenne nur widerstrebend ein

(6) S. 1954 III S. 14
(7) D. 1956 S. 44 Concl. Laurent; RDP 1956 S. 153 Anm. Waline S. 150
(8) RDP 1958 S. 759

Sondergericht neben so vielen anderen an. Die Vermehrung dieser Sondergerichte gewähre den Bürgern manchmal nur Scheingarantien und beschränke die Kontrolle durch den CE. Darum sei der Ausschuß als Verwaltungsbehörde zu qualifizieren. Der CE schloß sich dieser Ansicht an.

Im allgemeinen läßt sich die Haltung der Rechtsprechung praktisch nur aus den Conclusions der Commissaires du Gouvernement erschließen. Der CE selbst geht auf die Abgrenzungsfragen entweder überhaupt nicht ein - so in der Entscheidung Bugnet - oder er beschränkt sich darauf, das Ergebnis auszusprechen - so in der Entscheidung Brunet - oder er weist auf die "Gesamtheit der gesetzlichen Regeln" hin, wobei er manchmal einige Punkte hervorhebt - so in der Entscheidung Deltel.

Die Commissaires du Gouvernement versuchen, aus der gesetzlichen Regelung einen Gesamteindruck über die Rechtsnatur der Fälle zu erhalten, deren rechtlicher Charakter zweifelhaft ist. Sie stützen sich dabei auf folgende Anhaltspunkte:
Die Zusammensetzung der Stelle, die die Entscheidung erläßt; das Verfahren, wozu auch gehören die streitige Verhandlung, die Mitwirkung eines Commissaire du Gouvernement, die Pflicht, die Entscheidung zu begründen, die Möglichkeit, die Entscheidung für vollstreckbar zu erklären, die Rechtsmittel (9), die sachliche Unabhängigkeit (9a), die Pflicht, Vorfragen anderen Gerichten vorzulegen (10), die Tatsache, daß die Behörde nicht selbst an de erlassenen Entscheidung interessiert ist (10a). Jean Donnedieu de Vabres (11) hält das streitige Verfahren mit den herkömmlichen Verfahrensgrundsätzen für das wichtigste Kriterium. Aber es wird auch berücksichtigt, ob über ein bestrittenes Recht entschieden wird (11a). Der generelle Charakter einer Entscheidung spricht dafür, daß sie ein Verwaltungsakt ist (12). Praktische Erwägungen spielen eine erhebliche Rolle. So gebrauchte der Commissaire du Gouvernement Laurent das Argument, daß nur die Qualifizierung der fraglichen Entscheidungen als Verwaltungsakte den Rechtsschutz der Bürger sichere. Andererseits sieht der CE gewisse Behörden, etwa Organe der

---

(9) So Guionin in den Concl. zu CE vom 12. Januar 1951, Union commerciale de Bordeaux-Bassens, D. 1951 S. 335

(9a) Odent a. a. O.

(10) Tricot, Concl. zu CE vom 31. Januar 1958, Brunet, RDP 1958 S. 752, Entsch. S. 759

(10a)Laurent a. a. O.

(11) Concl. zu CE vom 17. April 1953, Falco et Vidaillac, RDP 1953 S. 458

(11a)Laurent a. a. O.

(12) CE vom 3. November 1961, Ecole technique Saint-Joseph, AJDA 1961 S. 629

Berufsverwaltung als Gerichte an, um sie zur Einhaltung gerichtlicher Verfahrensgrundsätze zu zwingen. Verfahrensverstöße kann er dann im Wege des Kassationsverfahrens nachprüfen.

Ein eindeutiges Kriterium ist also nicht zu finden. Daraus ist aber dem CE kein Vorwurf zu machen. Seine Lage ist schwierig aus folgenden Gründen:

a) Der Gesetzgeber schafft immer neue Stellen mit begrenzter Zuständigkeit, die auf gewissen Gebieten Entscheidungsbefugnis haben, so insbesondere im Berufsrecht (14). Dadurch wird die Grenze zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden fließend (15).
b) Die Lage ist durch die Verfassung von 1958 noch komplizierter geworden. Vorher war anerkannt, daß Gerichte nur durch Gesetz geschaffen werden können (16). Art. 34 der Verfassung von 1958 behält dem Gesetzgeber aber nur die "Schaffung neuer Gerichtsbarkeiten" vor (La loi fixe les règles concernant ... la création de nouveaux ordres de juridiction). Unter "ordre de juridiction" war bis dahin das verstanden worden, was wir als Rechtsweg bezeichnen; es gab deren nur zwei, ordentliche und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Wissenschaft tritt aber nun dafür ein, unter "ordre de juridiction" im Sinne des Art. 34 der Verfassung jede Art, jede Gattung von Gerichten, auch innerhalb der beiden Rechtswege zu verstehen (17). Aber der Verordnungsgeber hat unter Berufung auf Art. 34 bereits neue Arten von Gerichten geschaffen (18). Weder CE noch Conseil Constitutionnel (18a) haben bisher dazu Stellung genommen.
c) Wenn der Gesetzgeber sehr oft nicht eindeutig bestimmte, ob er ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde schaffen wollte und wenn der CE deshalb Schwierigkeiten bei der Abgrenzung hat, so hängt das sicher damit zusammen, daß sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Innern der Exekutive gebildet und sich nie vollständig von ihr getrennt hat (19). Das beste Beispiel

---

(14) Auby-Drago, Bd. 1 S. 218 nennen das eine krankhafte Vermehrung
(15) Siehe dazu Auby-Drago, Bd. 1 S. 217 f., S. 220 ff., die fordern, daß die Zuständigkeiten dieser Stellen auf Verwaltungsgerichte übertragen werden.
(16) CE vom 28. März 1945, Devouge, Rec. S. 64
(17) Auby-Drago, Bd. 1 S. 219 f.
Waline, Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958. RDP 1959 S. 699, hier S. 713 ff.
(18) Auby-Drago, Bd. 1 S. 220
(18a) Durch Art. 56 ff. der Verfassung von 1958 werden dem Conseil constitutionnel gewisse verfassungsgerichtliche Befugnisse eingeräumt.
(19) Siehe dazu oben und Auby-Drago, Bd. 1 S. 94 ff.

dafür ist der CE, der zugleich Verwaltungsbehörde und Gericht ist. Darum kann der CE auch nicht die organisatorische Selbständigkeit als absolute Voraussetzung dafür aufstellen, daß ein Gebilde gerichtlichen Charakter hat. Die Mitglieder des CE sind auch nicht unabsetzbar, wenigstens ist ihre Unabsetzbarkeit nicht gesetzlich geregelt. Sie ist allerdings praktisch anerkannt und wird, von seltenen Ausnahmefällen abgesehen, nicht verletzt. Darum kann der CE auch die gesetzliche Regelung der Unabsetzbarkeit nicht als unbedingtes Erfordernis für die Mitglieder eines Gerichts aufstellen. Andererseits ist der Rechnungshof (Cour des Comptes) eindeutig als Gericht ausgestaltet, obwohl er keinen Streit entscheidet, sondern nur die Rechtmäßigkeit der Haushaltsführung prüft. Deshalb wird auch das Kriterium der Streitentscheidung nicht als absolut und unbedingt angesehen.

Im Vergleich dazu hat es die deutsche Rechtsprechung leichter. Art. 92 GG gibt schon einen Anhaltspunkt und § 29 f. DRiG weisen den persönlich unabhängigen Richtern auf Lebenszeit eine Vorrangstellung in den Gerichten zu. Der Status der Amtsträger, mit denen eine Behörde bestzt ist, ist also ein sicheres Kriterium. Das BVerwG (20) stellt zutreffend fest, zum Begriff des Gerichts im Sinne des GG gehöre auch die persönliche Unabhängigkeit der Richter. In einer späteren Entscheidung (21) zieht das BVerwG den Unterschied zwischen der Unabhängigkeit des Richters und der Weisungsgebundenheit des Beamten der Verwaltung heran. Nur ausnahmsweise geht die Rechtsprechung auf materielle Gesichtspunkte ein (22). Meist trifft aber schon der Gesetzgeber eine klare Entscheidung, wenigstens, nachdem ihn ein gerichtliches Urteil auf das Problem hingewiesen hat (23).

---

(20) Bd. 1 S. 4; JZ 1954 S. 32

(21) Bd. 5 S. 69;

(22) BVerwG Bd. 8 S. 350, wo dann aber auch die sachliche Unabhängigkeit als Kriterium herangezogen wird.

(23) Schaffung des Bundespatentgerichtes nach der Entscheidung des BVerwG Bd. 8 S. 350

4. § 7. Verwaltungsakte und Gesetzgebungsakte

"Die Akte der mit der verfassungs- oder gesetzgebenden Gewalt betrauten Organe können nicht zum Gegenstand eines REP gemacht werden", stellte der CE fest in der Entscheidung vom 22. März 1944, Vincent (1). Dieser Grundsatz wird, mindestens de lege lata, von der herrschenden Lehre anerkannt (2). Auch bei der Bestimmung des Gesetzesbegriffs ist im französischen Recht der formelle Gesichtspunkt entscheidend (3). Solange eine Verfassung gilt, welche die Gewaltenteilung verwirklicht, und die gesetzgebende Gewalt dem Parlament anvertraut, ist Gesetz jeder Akt, der vom Parlament nach dem in der Verfassung vorgeschriebenen Verfahren beschlossen und vom Staatsoberhaupt promulgiert wird. Es kommt nicht darauf an, ob der Akt abstrakten und generellen Charakter hat. Jedoch hat die Verfassung von 1958 "inhaltliche" (4) Elemente in den Gesetzesbegriff eingeführt (5). Der formelle Gesetzesbegriff reicht nicht aus in den Zeiten der "Gewaltenvermischung" (confusion des pouvoirs), wenn also Exekutive und Legislative nicht getrennt sind. Soweit trotzdem ein besonderes Verfahren für die Gesetzgebung vorgeschrieben ist, entscheidet die Rechtsprechung danach, ob dieses Verfahren beachtet wurde. So in der Entscheidung Vincent, in der ein vom damaligen Regierungschef Laval 1943 erlassener und als Gesetz bezeichneter Akt angefochten war. Der CE stellte fest, der Akt sei

(1) D. 1945 S. 62

(2) Mignon, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. D. 1952 Chron. S. 45; Eisenmann, Anm. zu CE vom 6. November 1936, Arrighi und Dame Coudert, D. 1938 III S. 2, Concl. Latournerie S. 1 ff. Gény, De l'inconstitutionnalité des lois ou des autres actes de l'autorité publique et des sanctions qu' elle comporte dans le droit nouveau de la IVe République française. JCP 1947 I 613.

(3) Carré de Malberg, La loi, expression de la volonté générale. Paris 1931. Passim
Quermonne, Artikel "Loi" in: Dalloz, Encyclopédie juridique, Droit administratif, Bd. 2 1959 S. 297 ff.

(4) Damit ist gemeint, daß es darauf ankommt, auf welchem Gebiet eine Regelung erlassen wird, welchen Inhalt sie also hat. Von einem materiellen Kriterium kann man nicht sprechen, da mit diesem Begriff der abstrakte und generelle Charakter der Regelung bezeichnet wird.

(5) Siehe dazu weiter unten

gemäß dem im "acte constitutionnel" für den Erlaß von Gesetzen vorgesehenen Verfahren ergangen und daher unanfechtbar. Der "acte constitutionnel" war vom Staatsoberhaupt Pétain aufgrund der Ermächtigung durch die Nationalversammlung vom 10. Juli 1940 erlassen worden.
Soweit in Zeiten der Gewaltenvermischung nicht einmal besondere Verfahrensvorschriften für Gesetze bestehen, nimmt die Rechtsprechung doch zu inhaltlichen Kriterien Zuflucht. So erkannte der CE einem "decrèt organique" vom 2. Februar 1852 Gesetzescharakter zu, weil es Gegenstände der Gesetzgebung betreffe, CE vom 28. November 1873, Eluctions de Maison-Alfort (6).

Der Grundsatz der Immunität von Gesetzgebungsakten gegenüber der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle wird auch dann angewandt, wenn ein Verwaltungsakt durch ein später erlassenes Gesetz bestätigt oder übernommen wird (6a). Einige Beispiele:

CE vom 3. August 1894, Ville de Lyon (7). Der Conseil générale des Rhône-Departements hatte einer privaten Eisenbahngesellschaft die Konzession zum Betrieb einer Zweigbahn in Lyon erteilt. Die Stadt Lyon focht die Konzessionserteilung an, weil nur der Stadtrat dafür zuständig sei. Zumindest hätte er konsultiert werden müssen. Der CE wies den REP als unzulässig ab mit der Begründung, ein Gesetz vom 8. April 1893 habe die Errichtung der Zweigbahn als im öffentlichen Interesse liegend anerkannt und den Präfekten ermächtigt, die Arbeiten gemäß dem Konzessionsvertrag auszuführen. Die Erteilung der Konzession sei damit endgültig wirksam geworden. Der CE läßt somit den REP auch dann nicht zu, wenn es sich nur um ein Gesetz im formellen Sinn handelt, wenn der Gesetzgeber also einen Einzelfall regelt.

Ein Gesetz vom 23. Juli 1949 hatte mehrere Einzelentscheidungen bestätigt, nämlich die bis zum 1. Juli 1948 erfolgten Beförderungen in der Armee. Der CE erklärte deshalb in der Entscheidung vom 26. Mai 1950, Lesmayoux (8), die Anfechtung der Beförderungen für unzulässig. Ein Gesetz vom 31. Dezember 1953 bekräftigte ausdrücklich die zur Ausführung

---

(6) D. 1874 III S. 69

(6a) Wenn das Gesetz schon vor der Einlegung des REP ergangen war, wird dieser als unzulässig abgewiesen. Ergeht es erst im Laufe des Verfahrens, so erklärt der CE, eine Entscheidung könne nicht statthaben (il n'y a pas lieu à statuer sur la requête) und befreit den Kläger von den Kosten. Auf diesen mehr technischen Unterschied wird im folgenden nicht mehr eingegangen.

(7) Rec. S. 512

(8) Rec. S. 311

eines anderen Gesetzes ergangenen Maßnahmen. Der CE erklärte deshalb in zwei Entscheidungen vom 2. Juli 1954, Farinacci und Couturier (8a), die Anfechtung von Dekreten für unzulässig, die aufgrund jenes Gesetzes erlassen worden waren.

Ein Dekret kann nicht mehr angefochten werden, soweit die in ihm enthaltenen Vorschriften durch ein Gesetz übernommen worden sind, CE vom 11. Mai 1949, Ligue des fonctionnaires pères et mères de famille nombreuse (9).

Noch weiter ging der CE in der Entscheidung vom 9. März 1951, Guiolet (10). Er wies den REP als unzulässig ab, weil sich aus dem Gesetz vom 31. Dezember 1948 - dessen Wortlaut aber nicht eindeutig war - und aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergebe, daß allen Bestimmungen des angefochtenen Dekrets Gesetzeskraft verliehen worden sei.

Schließlich ist der REP auch unzulässig gegen Verordnungen (actes règlementaires), die durch eine aufgrund des Art. 92 der Verfassung von 1958 erlassenen Ordonnance (11) für gültig erklärt wurden, CE vom 1. Juli 1960, F.N.O.S.S. et Fradin (12).

In der Entscheidung vom 21. Oktober 1961, Le Regroupement national (13), scheint der CE aber den Bogen überspannt zu haben. Le Regroupement national, die von Jacques Soustelle geführte politische Partei, focht einen interministeriellen Erlaß und zwei Entscheidungen des Innenministers an, die ihr für die Kampagne vor dem Referendum vom 8. Januar 1961 den Zugang zu den öffentlichen Massenkommunikationsmitteln, vor allem zum Rundfunk, verwehrten. Der CE wies den REP als unzulässig ab, weil durch das Referendum das "Gesetz über die Selbstbestimmung der algerischen Bevölkerung und über die Ordnung der öffentlichen Gewalt vor der Selbstbestimmung" angenommen worden sei und der Staatspräsident dieses Gesetz am 14. Januar 1961 ausgefertigt habe. Vom Tage der Veröffentlichung (15. Januar 1961) dieses Gesetzes an könne das Gericht die zur Vorbereitung des Referendums nötigen

(8a) S. 1955 III S. 5

(9) Rec. S. 208

(10) D. 1951 S. 474

(11) Art. 92 bestimmt:

Abs. 3 "... Die Regierung kann auf allen Gebieten die Maßnahmen treffen, die sie für notwendig hält für das Leben der Nation, den Schutz der Bürger oder die Aufrechterhaltung der Grundfreiheiten."

Diese Maßnahmen werden durch Ordonnances getroffen, die nach Art. 92 Abs. 1 Gesetzeskraft haben.

(12) D. 1960 S. 693 Concl. Braibant Anm. L'Huillier

(13) D. 1962 S. 23 Anm. Leclerq

Verwaltungsakte nicht mehr nachprüfen, ohne damit gleichzeitig eine Entscheidung über die Gültigkeit des Gesetzes zu treffen. Darum könnten diese Verwaltungsakte nicht Gegenstand eines streitigen Verfahrens sein. Damit ist der CE weit über seine bisherige Rechtsprechung zum acte législatif hinausgegangen. Denn von einer direkten Bestätigung der angefochtenen Akte durch das Gesetz, wie sie vorher gefordert wurde (14), kann hier keine Rede sein. Dieser Fall hat eine deutliche Ähnlichkeit mit der Gruppe von Akten der Exekutive, welche die Wahlen zu den gesetzgebenden Versammlungen regeln und als unanfechtbare Regierungsakte qualifiziert werden (15). Überhaupt ist der Übergang zwischen dem acte législatif und dieser Gruppe der actes de gouvernement fließend. Der CE hat aber hier den Begriff des acte de gouvernement wohl aus folgendem Grund nicht angewandt: Über die Gesetzmäßigkeit (régularité) der Wahlen zu gesetzgebenden Versammlungen entschieden früher diese selbst, heute entscheidet der Conseil Constitutionnel. Das erschien dem CE ausreichend zur Begründung seiner Unzuständigkeit. Hier aber konnte keine gewählte Versammlung die Abstimmung nachprüfen und der Conseil Constitutionnel hatte sich für unzuständig erklärt. Der CE hätte also der Liste der Regierungsakte, die nach Ansicht vieler schon zu lang ist, einen neuen Fall anfügen müssen. Er zog es vor, den Ausweg über den acte législatif zu nehmen, in der ganz deutlich ausgesprochenen Absicht, jeden Zweifel am Bestand des Gesetzes auszuschließen. Es handelt sich hier aber um einen Sonderfall. Im Grundsatz dürfte der CE wohl dabei bleiben, den REP gegen Verwaltungsakte nur dann abzuweisen, wenn sie direkt durch Gesetz bestätigt wurden.

Der CE entscheidet jedoch anders in den Fällen, in dem das Parlament nicht einen schon erlassenen Verwaltungsakt übernimmt oder bekräftigt, sondern nur vor dem Erlaß des Aktes eine Stellungnahme abgibt. Für bestimmte Regelungen, die durch Dekret getroffen wurden, war die Anhörung des Finanzausschusses der Assemblée nationale vorgeschrieben. Trotzdem blieben diese anfechtbare Verwaltungsakte, CE vom 19. Dezember 1958, X ... (16).

Die Immunität der actes législatives erstreckt sich auch auf die Akte der Parlamentsverwaltung (actes parlamentaires). Hier wird ebenfalls nicht

(14) Siehe oben; weitere Nachweise bei Leclerq a. a. O.

(15) unten B. I. 5.

(16) Rec. S. 651; D. 1959 S. 558 Anm. Bourdoncle
Vgl. zu den Parlamentsbeschlüssen, die keine Gesetze sind.
Boudet, La force juridique des résolutoins parlementaires.
RDP 1958 S. 271

auf den Inhalt des Aktes abgestellt - von wenigen Ausnahmen abgesehen, die nicht die Zulässigkeit des REP betreffen - sondern nur auf die Stelle, die den Akt erläßt. Parlamentarischer Charakter wird den Versammlungen zugesprochen, die an der Gesetzgebung teilnehmen und die wichtigsten Merkmale des herkömmlichen Status eines Parlaments haben, z.B. die Immunitäten (17). So wurde unter der Verfassung der IV. Republik die "Assemblée de l'Union Française" als parlamentarische Versammlung angesehen, CE vom 26. Mai 1950, Vouters (18), dagegen nicht der "Conseil Economique", CE vom 17. Mai 1957, Simonet (19). Die Parlamentsverwaltung umfaßt den Präsidenten, den Vizepräsidenten und deren Personal, ständige Ausschüsse und Untersuchungsausschüsse.

In der Entscheidung vom 24. November 1882, Merley (20), erklärte der CE die Entscheidungen der Präsidenten des Senats und der Deputiertenkammer, welche die Zulassung der Öffentlichkeit oder der Presse regelten, für unanfechtbar.

Am 26. Mai 1950 (18) wies der CE den REP des M. Vouters gegen eine Entscheidung des Generalsekretärs der "Assemblée de l'Union Française" ab, in der die Zulassung des Klägers zu einer Einstellungsprüfung (concours) für die Parlamentsverwaltung abgelehnt wurde. Der CE erklärte, aus Art. 69 ff der Verfassung sowie aus den Gesetzen vom 9. Februar 1949 und vom 6. Januar 1950 ergebe sich, daß die Assemblée den üblichen Status einer parlamentarischen Versammlung habe. Die sie betreffenden Regelungen (règlements) seien also keine Verwaltungsakte, ebensowenig die aufgrund dieser Regelungen ergangenen Einzelentscheidungen. So entschied der CE auch für die Entlassung von Parlamentspersonal, CE vom 31. Mai 1957, Girard (21).

Die Gefahren für den Rechtsschutz der in der Parlamentsverwaltung Beschäftigten sind offensichtlich. Im Schrifttum wurde wiederholt darauf hingewiesen (22). Durch Art. 8 Abs. 3 der Ordonnance vom 17. November 1958 wurde daher bestimmt:

> Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist berufen, über alle Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, die einzelne Beamte der Parlamentsverwaltungen betreffen.

---

(17) Auby-Drago, Bd. 1 S. 66

(18) Rec. S. 317 Concl. Agid; D. 1952 S. 216 Anm. Quermonne

(19) Rec. S. 134 Concl. Heumann; D. 1957 S. 580 Anm. Jeanneau

(20) Rec. S. 933

(21) D. 1957 S. 340 Concl. Guldner

(22) Vgl. Quermonne a.a.O.

Aufgrund dieser Vorschrift ließ der CE den REP des Girard zu gegen die Ablehnung seiner Wiedereinstellung (reconstitution de sa carrière) durch den Präsidenten und die Quästoren der Assemblée nationale (23).

Damit ist aber nur ein Einwand gegen die Rechtsprechung auf diesem Gebiet beseitigt. Es bleiben die Bedenken vor allem dagegen, daß Verordnungen und Einzelakte durch Gesetz bekräftigt und damit unanfechtbar werden können (24). Das führt dazu, daß sogar die Wirkungen einer richterlichen Entscheidung beseitigt werden. So hat ein Gesetz vom 2. August 1949 die Maßnahmen zur Anwendung eines Dekrets für wirksam erklärt, das der CE in der Entscheidung vom 28. Mai 1948, Deschamps (24a), annulliert hatte. Art. 20 des Gesetzes vom 28. Dezember 1957 bekräftigte Verwaltungsakte, die der CE in der Entscheidung vom 26. Oktober 1957, Pubreuil (25), aufgehoben hatte (26). Manchmal wartet die Verwaltung nicht die Annullierung eines zweifelhaften Verwaltungsaktes ab, sondern ersucht das Parlament schon vorher um eine gesetzliche Bestätigung. So wurde ein Dekret vom 13. Juli 1948 durch Gesetz vom 26. September 1948 bestätigt, so daß der CE am 11. Mai 1949, Ligue des fonctionnaires pères et mères de famille nombreuse (27) den REP abweisen mußte (28).

Durch diese Praxis wird zunächst die Wirksamkeit des REP erheblich beeinträchtigt und wohl auch das Ansehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit geschädigt. Der Gesetzgeber greift aber nicht nur in den Bereich der Rechtsprechung, sondern auch in den Bereich der Exekutive über. Hier ist es nun am Platz, von einem Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung zu sprechen; während dieser Grundsatz meist nur herangezogen wird, um die Stellung des

---

(23) Zsfg. Rec. S. 969
Der REP bleibt aber unzulässig gegen Entscheidungen der Parlamentsverwaltung der IV. Republik, CE vom 18. Dezember 1964, Girard, Rec. S. 647

(24) Siehe dazu vor allem Lefas, Note sur les réformes que suggère la jurisprud de CE statuant au contentieux. EDCE 1958 S. 83, insbesondere S. 85 ff.

(24a)Rec. S. 327

(25) Rec. S. 389

(26) Weitere Beispiele bei Lefas.
Vgl. auch den Fall Canal, unten B. I. 5.

(27) Rec. S. 208

(28) Weitere Beispiele bei Lefas a.a.O. S. 87

Richters gegenüber der Exekutive zu schwächen. Vor allem aber werden die Rechte des Einzelnen verletzt, wenn eine rechtswidrige Handlung der Exekutive ihm gegenüber nachträglich durch den Gesetzgeber gedeckt wird.

Die Gefahren des rein formellen Gesetzesbegriffs werden hier recht deutlich. Eine richterliche Kontrolle als Gegengewicht ist dringend notwendig. Die französische Rechtsprechung lehnt jedoch die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen von jeher als "nach dem gegenwärtigen Stand des französischen öffentlichen Rechts" nicht zulässig ab (29). Unter der Verfassung von 1958 prüft der Conseil Constitutionnel die Gesetz e n t w ü r f e auf ihre Verfassungsmäßigkeit (30).

(29) Vgl. (2); Siehe weiter: Laroque, Les juges français et le contrôle de la loi RDP 1926 S. 722

CE vom 10. Juli 1954, Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques, Rec. S. 449; S. 1955 III S. 1 Anm. Dehaussy

(30) Art. 61:

Die lois organiques (das sind Gesetze, die auf bestimmten, von der Verfassung vorgesehenen Gebieten in einem besonderen Verfahren ergehen) müssen vor ihrer Promulgation, die Geschäftsordnungen der parlamentarischen Versammlungen müssen bevor sie in Kraft gesetzt werden, dem Conseil constitutionnel vorgelegt werden, der ausspricht, ob sie mit der Verfassung vereinbar sind.

Zu demselben Zweck können die Gesetze vor ihrer Promulgation durch den Präsidenten der Republik, den Premierminister oder den Präsidenten einer gesetzgebenden Versammlung vor den Conseil constitutionnel gebracht werden.

...

Art. 62:

Abs. 1: Eine für verfassungswidrig erklärte Bestimmung kann weder promulgiert noch in Kraft gesetzt werden.

...

Außerdem sieht Art. 41 eine Entscheidung des Conseil constitutionnel vor, wenn zwischen der Regierung und dem Präsidenten einer gesetzgebenden Versammlung ein Streit darüber entsteht, ob ein Gesetzesvorschlag sich im durch Art. 34 definierten Bereich des Gesetzes hält. Nach Inkrafttreten des Gesetzes ist die Kontrolle weiterhin ausgeschlossen. Jedoch können Gesetze, die nicht im Rahmen des Art. 34 bleiben, unter Mitwirkung des CE durch Dekret geändert werden. Die Kontrolle ist deswegen nicht sehr wirksam, weil sie nur durch die Regierung oder den Präsidenten einer parlamentarischen Versammlung herbeigeführt werden kann, jedoch nicht einmal von einer parlamentarischen Minderheit.

Die Vorherrschaft des Parlaments und die Unantastbarkeit seiner Akte, insbesondere der formellen Gesetze, bestimmt seit der Revolution das öffentliche Recht in Frankreich (31). Zur Erklärung lassen sich vor allem drei Gründe anführen:

1. In der repräsentativen Demokratie hat in erster Linie das Parlament die Souveränität, die ihm das Wahlvolk periodisch überträgt. Das französische Parlament fühlte sich um so stärker, als es seit 1870 - von einigen Übergangsperioden abgesehen - das Staatsoberhaupt selbst wählte und die Tätigkeit der Minister kontrollierte, die meist selbst Mitglieder des Parlaments waren. Das Parlament verfügte so über eine absolute Macht, die es nur selbst beschränken konnte.
   Die Sonderstellung des formellen Gesetzes - die nicht selten kritisiert und von Laroque (32) als Fetischismus bezeichnet wurde - erklärt sich daraus, daß es als "Ausdruck der volonté générale" betrachtet wird (33). Art. 6 der "Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte" vom 26. August 1789, auf die auch die Präambel der Verfassung von 1958 verweist, bestimmt:

   > Das Gesetz ist der Ausdruck der volonté générale.
   > Alle Bürger haben das Recht, persönlich oder durch ihre Vertreter an seiner Gestaltung mitzuwirken.

   Dieser Gedanke stammt aus Rousseaus Contrat social. Die Verfassungen seit 1791 (34) übertragen aber die Gesetzgebungskompetenzen nicht dem Volk, sondern einer gewählten Versammlung, deren Beschlüsse als Gesetze angesehen werden. Die Souveränität wird dem Parlament zugesprochen. Diese Weiterführung des Gedankens beruft sich zu Unrecht auf Rousseau. So versucht z. B. Latournerie (35) aus Rousseau zu begründen, daß die Gesetze in ihrer Geltung nicht angezweifelt werden dürfen. Er zitiert zu diesem Zweck einige aus dem Zusammenhang gerissene Sätze aus dem Contrat social: "La volonté générale ne peut pas errer." "Le souverain, par le seul fait qu'il l'est, est toujours ce qu'il doit être." Nach Rousseau ist aber die volonté générale keineswegs mit dem Willen der Mehrheit eines gewählten Parlamentes identisch. Eine Vertretung der Bürger im Willen ist nicht möglich (36). Nicht einmal

(31) Zum folgenden Odent S. 88 ff.
(32) a. a. O. S. 723
(33) Siehe Carré de Malberg, La loi, expression de la volonté générale. Dieser gesteht aber zu, daß diese Auffassung anfechtbar ist, S. 116.
(34) Siehe Kap. 1 Art. 1; Titel 3 Art. 2 der Verfassung von 1791; Art. 54 der Verfassung von 1793
(35) In den Concl. D. 1938 III S. 1 ff.
(36) Contrat social, Livre II Chap. 1

der Wille aller Bürger deckt sich notwendigerweise mit der volonté générale (36a). Die volonté générale ist der Wille Aller nur im idealen Staat, in dem der Bürger zuerst an das Gemeinwohl denkt, in dem er nur will, was der Gemeinschaft nützt (37). Nur Gesetze im materiellen Sinn fließen aus der volonté générale; sie sind notwendigerweise allgemein, weil sie Alle ohne Unterschied betreffen müssen (38).

2. Jedoch auch der Grundsatz der Legalität hat in dieser Richtung gewirkt. Jede staatliche Tätigkeit ist dem Recht unterworfen. Die Hauptquelle des Rechts, das Gesetz, ist ein Werk des Parlaments. Es hat sich nun eine gewisse Vermengung zwischen dem Gesetz und seinen Autoren ergeben. Dadurch wurde die privilegierte Stellung der gesetzgebenden Gewalt noch verstärkt. Von ihr profitierte in den Zeiten der "Vermengung der Gewalten", also z.B. von 1940 bis 1946, die Exekutive, die dann auch die gesetzgebende Gewalt ausübte. Dazu kommt natürlich, daß die Exekutive in diesen Zeiten so stark ist, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit in ihrer Kontrolle zurückhaltend sein muß, um nicht ganz ausgeschaltet zu werden.
   Unter der Verfassung der V. Republik ist nun der Gesetzgeber auf bestimmte Materien beschränkt. Aber das führt auch dazu, daß er nicht mehr gezwungen ist, Nichtigkeiten durch Gesetz zu regeln. Das bringt vielleicht eine Aufwertung des Gesetzes mit sich.

3. Wie schon erwähnt, herrschte zur Zeit der Revolution ein starkes Mißtrauen gegenüber dem Richter. Es kam zum Ausdruck in dem Gesetz vom 16. - 24. August 1790 Titel II Art. 10:

> Die Gerichte können, bei Strafe wegen Amtsvergehen, weder direkt noch indirekt an der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt teilnehmen, noch die Ausführung von Dekreten der Gesetzgebungsorgane, die durch den König bekräftigt wurden, hindern oder aufschieben.

   Es wurde auch noch später, nämlich in Art. 127 Code pénal bestimmt:

> Der Amtspflichtverletzung machen sich schuldig und mit Verlust der bürgerlichen Rechte werden bestraft
> 1. die Richter, die sich in die Ausübung der Gesetzgebungsgewalt eingemischt haben, sei es indem sie die Ausführung eines oder mehrerer Gesetze gehemmt oder suspendiert haben,

(36a) Livre IV Chap. 1, Livre II Chap. 3
(37) Livre II Chap. 3
(38) Livre II Chap. 4, 6

> sei es indem sie darüber beraten haben, ob die Gesetze veröffentlicht oder ausgeführt werden sollen ...

Ein Hindernis für die begrenzte Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen oder für die Einführung des materiellen Elementes in die Definition des Gesetzes stellen diese Vorschriften aber nicht dar (39). Sie zielen eindeutig darauf ab, die Mißbräuche der "Parlamente" unter dem Ancien Régime unmögl zu machen. Trotzdem besteht auch heute noch der Grundsatz, daß der Richter dem Gesetz, und zwar jedem Gesetz unterworfen ist, so daß er das rangniedrigere nicht am ranghöheren messen darf. Barthélémy-Duez (40) sagen ganz deutlich: Die richterliche Gewalt hat in unserem Land nicht das nötige Prestige, um über das Parlament zu richten. Eisenmann (40a) billigt die Weigerung des CE, die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu prüfen, obwohl er die juristischen Argumente dafür entkräftet. Er meint nämlich, die Gerichte würden sich mit einer solchen Entscheidung doch nicht durchsetzen.

Dagegen halten die deutschen Gerichte nicht jeden Parlamentsbeschluß für unanfechtbar. So sagt das BVerwG. (41): "Die bloße Tatsache, daß eine Aufgabe einer Volksvertretung übertragen ist, nimmt ihr nicht den Charakter einer Verwaltungsobliegenheit und macht sie ihrem sachlichen Inhalt nach nicht zum Gegenstand der Gesetzgebung." Es werden also auch inhaltliche Elemente berücksichtigt. Außerdem hat der Richter die Möglichkeit, über formelle Gesetze eine Nachprüfung durch das BVerfG. herbeizuführen (Art. 100 GG) und Gesetze im nur materiellen Sinn selbst nachzuprüfen (41a).

Die französische Rechtsprechung hält aber das formelle Kriterium bei der Abgrenzung zwischen Gesetz und Verwaltungsakt streng durch und qualifiziert auch Rechtsnormen, Gesetze im materiellen Sinn, als anfechtbare Verwaltungsakte, wenn sie von der Exekutive erlassen werden.

Allerdings hatte nach der Doktrin der Revolution das Parlament das Monopol der Rechtsetzung (42). Exekutive und richterliche Gewalt sollten die Gesetze durch Einzelentscheidungen ausführen. Aber sehr schnell zeigte sich, daß zur Ausführung der Gesetze abstrakte und generelle Normen notwendig waren. Die Legislative oszillierte dann immer zwischen zwei Ge-

---

(39) Siehe Mignon a.a.O. S. 47 f.
(40) Traité de droit constitutionnel S. 226
(40a)D. 1938 III S. 1 ff.
(41) NJW 55 S. 1245
(41a)BVerfG Bd. 1 S. 184 ff. Insbes. S. 190 ff.
(42) Zum folgenden Odent S. 96 ff.

fahren: Entweder gingen die Gesetze zu sehr ins Einzelne und wurden von der tatsächlichen Entwicklung rasch überholt, weil ihnen die Geschmeidigkeit und Anpassungsfähigkeit fehlte, oder sie waren zu summarisch und nicht genau genug, um angewendet werden zu können. Die Gesetze müssen sich also darauf beschränken, Grundsätze aufzustellen, welche die Exekutive durch Verordnungen weiterentwickelt. Die Verordnung soll also die Ausführung der Gesetze sichern. Das ist die traditionelle Formel des französischen Rechts:

Art. 44 der Verfassung vom 22. Frimaire des Jahres VIII bestimmte:

> Die Regierung bereitet die Gesetze vor und erläßt die notwendigen Verordnungen um ihre Ausführung zu sichern.

Art. 3 des Verfassungsgesetzes vom 25. Februar 1875:

> ... Er (der Präsident) verkündet die Gesetze, sobald sie von den beiden Kammern beschlossen worden sind; er überwacht und sichert ihre Ausführung.

Art. 47 der Verfassung von 1946:

> Der Präsident des Ministerrats sichert die Ausführung der Gesetze.

Art. 21 der Verfassung von 1958:

> Der Premierminister sichert die Ausführung der Gesetze ... Er übt die Verordnungs-Gewalt (pouvoir règlementaire) aus.

In der dritten und vierten Republik schloß man aus der Aufgabe, die Gesetze auszuführen, auf die Befugnis, Verordnungen zu erlassen (43). Eine ausdrückliche Ermächtigung in jedem Gesetz, zu dessen Ausführung eine Verordnung ergehen soll, hielt man nicht für notwendig. Es gab vielmehr den "pouvoir règlementaire complémentaire" (44), das heißt die Befugnis, Verordnungen überall dort zu erlassen, wo im System der Gesetze eine Lücke besteht, gleichgültig, ob diese vom Gesetzgeber gewollt war oder nicht.

Seit dem Ende des 19. Jahrhunderts entwickelte sich daneben noch der "pouvoir règlementaire autonome", d.h. die Befugnis, Verordnungen zu erlassen, auch wenn für die zu regelnde Materie noch gar kein Gesetz ergangen ist. Diese Praxis wurde vom CE für zwei Fälle gebilligt: für die Regelung der inneren Ordnung eines service public (45) und für die Verwaltungspolizei (police administrative, d.h. die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Gegensatz zur police judiciaire, der Verfolgung von Verbrechen) (46).

(43) Zum folgenden Laubadère, Traité S. 66 ff.
(44) Laubadère, Traité S. 67
(45) CE vom 4. Mai 1906, Babin, Rec. S. 362 Concl. Romieu
(46) CE vom 8. August 1919, Labonne, Rec. S. 737

In der Entscheidung vom 20. Februar 1936, Jamart (47), stellte der CE ausdrücklich fest, daß jeder Chef eines service public Verordnungen erlassen kann, welche die Organisation des service betreffen (48). Er kann in diesen Verordnungen die Benutzer des service public binden, nicht aber für alle Bürgerpflichten aufstellen. Diesen pouvoir règlementaire hat in seiner Eigenschaft als Chef eines service public auch jeder Minister. Außerhalb dieser Funktion kann er dagegen nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung Verordnungen erlassen.

Die Verordnungs-Gewalt auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung hat für das gesamte Staatsgebiet der Premierminister (Art. 21 der Verfassung), für das Departement der Präfekt und für die Gemeinde der Bürgermeister (49).

Alle diese Verordnungen, die vom Staatsoberhaupt oder Regierungschef in der Regel als Dekrete, von den anderen Behörden als Erlasse (arrêtés) getroffen werden, prüft der CE auf den REP hin auf ihre Rechtmäßigkeit nach.

Bis 1907 macht er jedoch eine Ausnahme für die "règlements d'administration publique" (im folgenden abgekürzt RAP). Diese zeichnen sich durch folgende Besonderheiten aus:

1. Sie werden nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung erlassen. Diese hat einen feststehenden Wortlaut: "Un RAP réglera les conditions d'application de la presente loi". Wenn der Gesetzgeber selbst erkennt, daß ein Gesetz noch der Ergänzung durch eine Verordnung bedarf, so wird die Exekutive meist in dieser Form ermächtigt. Jedoch wird manchmal auch eine Ergänzung durch einfaches Dekret vorgese
2. Die RAP müssen vor Erlaß dem CE vorgelegt werden, sonst sind sie nichtig. Allerdings ist die Stellungnahme des CE nicht bindend.
3. Die Regierung ist verpflichtet, von der Ermächtigung Gebrauch zu machen.

Der CE wies den REP gegen die RAP zunächst als unzulässig ab mit der Begründung, sie ergingen aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung und hätten daher auch Gesetzescharakter. Seit der Entscheidung vom 6. Dezember 1907, Chemin de fer de l'Est (50), läßt der CE aber auch gegen sie den REP zu und zwar deshalb, weil der Akt, wenn auch aufgrund einer Delegation durch den Gesetzgeber doch von einer Verwaltungsbehörde erlassen werde. Auch hier setzt sich also das rein formelle Kriterium

(47) S. 1937 III S. 113 Anm. Rivero

(48) Siehe auch Vedel D. A. S. 178

(49) Siehe Art. 96, 97, 107 Code de l'administration communale Odent S. 11

(50) S. 1908 III S. 1 Concl. Tardieu Anm. Hauriou

durch, das der CE nun ganz konsequent anwendet.

Eine eigenartige Vermischung zwischen Gesetz- und Verordnungsgebung brachte die Praxis der "décrets-lois". Sie entstand aus den Notwendigkeiten der Kriegs- und Nachkriegswirtschaft des 1. Weltkrieges. Für deren Ordnung und Lenkung mußte eine Unzahl neuer Vorschriften erlassen werden. Das Parlament war damit schon in seiner Arbeitskraft überfordert. Außerdem mußten die Regelungen schnell erlassen und auch schnell geändert werden können, um die Wirtschaftslenkung elastisch zu machen. Dazu kam später, daß sich das Parlament scheute, unpopuläre Gesetze - etwa zur Einführung einer Austerity-Politik - zu beschließen, und es gerne der Regierung überließ, sich die Finger zu verbrennen. Andererseits hatte die Regierung manchmal ein Interesse daran, durch in décrets-lois angeordnete harte Maßnahmen einen Schock in der öffentlichen Meinung auszulösen und zu beweisen, daß sie willens und fähig sei, die Führung der Politik zu übernehmen. Es liegt in der Natur dieser Methode der Gesetzgebung, daß sie desto unentbehrlicher wird, je länger sie praktiziert wird. Durch jedes décret-loi wird nämlich der Bereich dessen, was mit Gesetzeskraft geregelt ist, erweitert. Eine Änderung dieser Regelung, die sich nur zu oft als notwendig erweist, kann wegen des gesetzesgleichen Ranges der Vorschriften wieder nur durch Gesetz, oder eben durch neue décrets-lois, erfolgen. Die Arbeitslast des Parlaments wäre durch den Zwang zu gesetzlicher Regelung gewaltig vergrößert und erst recht nicht mehr zu bewältigen. Es bleibt nur der Ausweg neuer Ermächtigungen für die Exekutive. Dies geht so vor sich: Der Gesetzgeber ermächtigt in einer "loi d'habilitation" die Regierung, auf einem bestimmten Gebiet oder zu einem bestimmten Zweck, z.B. zur Stabilisierung der Währung, Verordnungen zu erlassen, auch wenn die Materie grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten war, und, wenn nötig, durch diese Verordnungen auch bestehende gesetzliche Vorschriften abzuändern. Man nannte diese Verordnungen décrets-lois, weil sie in der Form von Dekreten ergingen, aber teilweise Gesetzeskraft hatten. In der loi d'habilitation (auch loi de plein pouvoir genannt) wurde eine Frist bestimmt, vor deren Ablauf die Regierung ein Ratifizierungsgesetz (loi de ratification) einzubringen hatte. Tat sie das nicht oder wurde das Gesetz vom Parlament abgelehnt, so wurden die Vorschriften des décret-loi ungültig.
Stimmte das Parlament nicht darüber ab, so blieben sie wirksam. Erließ es das Ratifikationsgesetz, so gewannen sie volle, endgültige Gesetzeskraft. Diese Praxis wurde auch unter der IV. Republik fortgesetzt, obwohl die Autoren der Verfassung von 1946 sie hatten verbieten wollen, und zwar durch Art. 13.

Diese Vorschrift war aber unglücklich gefaßt. Sie verbot der Nationalversammlung, ihre Befugnis über die Gesetze abzustimmen, zu delegieren. Bei den décrets-lois handelte es sich aber nicht darum, sondern um eine Ermächtigung der Regierung, in den Bereich der Gesetzgebung einzugreifen.

In einem Gutachten vom 6. Februar 1953 (51) stellte der CE die Zulässigkeit der lois d'habilitation fest, bestimmte aber zwei Grenzen:

1. Gewisse Materien bleiben dem Gesetz vorbehalten, sei es durch die Verfassung, sei es durch die republikanische Verfassungstradition, die sich insbesondere aus der Präambel der Verfassung und aus der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 ergibt.
2. Eine Erweiterung des Bereichs der Verordnungsgewalt ist unzulässig, wenn sie so allgemein und ungenau gehalten ist, daß sie eine Übertragung de Ausübung der Volkssouveränität auf die Regierung darstellt. Das verstößt gegen Art. 3 der Verfassung, der bestimmt, daß die nationale Souveränität dem ganzen Volk zusteht, das sie durch die Abgeordneten der Nationalversammlung ausübt.

Wenn damit der Bereich definiert wurde, der nur durch Gesetz geregelt werden kann, so fanden sich in einem Gesetz für den wirtschaftlichen und finanziellen Wiederaufstieg vom 17. August 1948 Ansätze dazu, einen Bereich abzustecken, in dem nur Verordnungen ergehen durften. Soweit gesetzliche Vorschriften in diesem Bereich bestanden, durften sie durch den Ministerrat nach Stellungnahme des CE aufgehoben und geändert werden. Die Regierungen haben diese Befugnis häufig gebraucht (52). Da die Abgrenzung aber nur in einem einfachen Gesetz erfolgte, konnte sie den Gesetzgeber nicht daran hindern, später doch wieder in den Bereich der Verodnungsgewalt einzudringen.

Was die Anfechtung der décrets-lois betrifft, so blieb der CE auch hier dem formellen Kriterium treu. Es handelte sich um Akte der Exekutive auf dem Gebiet der Verwaltung, also um anfechtbare Verwaltungsakte. Der CE ließ den REP z. B. zu in den Entscheidungen vom 30. Mai 1930, Syndicat professionnel des épiciers en détail et Chambre syndicale de commerce en detail de Nevers (53). Er prüfte nach, ob sich die décrets-lois im Rahmen der Ermächtigung hielten. Das Ermächtigungsgesetz hatte bestimmt, die

(51) RDP 1953 S. 170

(52) Maleville, Les décrets pris en application des articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948. EDCE 1954 S. 54

(53) S. 1931 III S. 73 Concl. Josse Anm. Alibert

Regierung könne durch Dekret die Abschaffung oder Zusammenlegung von Stellen, Anstalten und services publics anordnen. Die Regierung hatte daraufhin gewisse wirtschaftliche Tätigkeiten der Gemeinden von einer Genehmigung abhängig gemacht, ihnen aber erlaubt, gewisse Betriebe in Regie zu führen. Der CE stellte fest, daß die Ermächtigung zum Zweck habe, durch Verwaltungsreformen Einsparungen zu erreichen und daß die décrets-lois auch diesem Ziel dienten, sich also im Rahmen der Ermächtigung hielten.

Art. 36 des Gesetzes vom 28. Februar 1934 ermächtigte die Regierung, die wirtschaftlichen Maßnahmen zu treffen, die zum Ausgleich des Haushalts notwendig waren. Die Regierung erließ unter Berufung darauf ein Dekret, das die Ausmaße und die zulässige Belastung von Fahrzeugen des Straßenverkehrs regelte. Der CE ließ den REP dagegen zu, hielt ihn aber für unbegründet, weil er die Ermächtigung als ausreichend betrachtete.
Der Commissaire du Gouvernement Renandin wies darauf hin, daß die Regelung des Transports dazu führe, die Abnutzung der Straßen zu verringern, und so zu Einsparungen und zur Entlastung des Haushalts diene, CE vom 29. November 1935, Union des véhicules industriels (54).

Der REP wird aber unzulässig, wenn das décret-loi durch Gesetz ratifiziert worden ist. So die Entscheidung des CE vom 6. Februar 1935, Syndicat du commerce des vins de liqueur (55), wo der CE den REP abwies, weil das angefochtene Dekret durch Gesetz vom 17. März 1934 ratifiziert worden sei und seine Legalität daher nicht mehr im streitigen Verfahren bestritten werden könne.

Die Verfassung von 1958 hat eine ganz neue und eigenartige Regelung des Verhältnisses zwischen Gesetzgebungs- und Verordnungsgewalt gebracht. Die Ansätze des Gesetzes vom 17. August 1948 wurden konsequent durchgeführt (56). Art. 34 zählt die Gebiete auf, die entweder ganz oder in ihren

(54) Rec. S. 619; D. 1937 III S. 33; RDP 1937 S. 505 Concl. Renandin S. 506, Anm. G.J. S. 501

(55) Rec. S. 159

(56) Morange, La hiérarchie des textes dans la Constitution de 1958. D. 1959 Chron. S. 21
L'Huillier, La délimitation des domaines de la loi et du règlement. D. 1959 Chron. S. 173
de Soto, La loi et le règlement dans la Constitution du 4. oct. 1958. RDP 1958 S. 240
Waline, Les rapports entre la loi et le règlement. RDP 1959 S. 699

Fortsetzg. Seite 70, unten

Grundzügen durch Gesetz geregelt werden müssen. Zum Bereich der Gesetzgebung gehören vor allem: die staatsbürgerlichen Rechte (droits civiques) und die fundamentalen Garantien der Bürger zur Ausübung ihrer Freiheitsrechte, die Bestimmung der Verbrechen und Vergehen, das Strafverfahren, die Steuern und das Wahlverfahren.
Das Gesetz regelt die Grundzüge der Verteidigungsorganisation, des Unterrichtswesens, des Eigentums, der dinglichen Rechte und der Obligationen, des Arbeitsrechts und der Sozialversicherung.

Der entscheidende neue Gedanke findet sich aber in Art. 37. Alle in Art. 34 nicht genannten Materien gehören zum Bereich der Verordnungsgewalt und können vom Gesetzgeber nicht mehr geregelt werden. Der Bereich des Gesetzgebers, zuerst definiert, um ihn gegen Eingriffe der Exekutive zu schützen, ist für ihn in der Verfassung von 1958 zum Gefängnis geworden. Oder mit einem anderen Bild: Man verbot dem Gesetzgeber zunächst, in seinem Haus Besuche zu empfangen (Vorbehalt des Gesetzes, so das Gutachten des CE), dann verbot man ihm, sein Haus zu verlassen (Verfassung von 1958).

Wenn der Gesetzgeber versucht, aus seinem Bereich auszubrechen, kann die Regierung dagegen den Conseil Constitutionnel anrufen (Art. 41 Abs. 1). Die in diesem Bereich ergangenen Gesetze können durch Dekrete unter Mitwirkung des CE geändert werden; soweit sie nach dem Inkrafttreten der Verfassung ergangen sind, nachdem der Conseil Constitutionnel erklärt hat, daß sie auf dem Gebiet der Verordnungsgewalt ergangen sind (Art. 37 Abs. 2).

Es gibt also jetzt einen Bereich, in dem die Verordnungsgewalt autonom ist. Trotzdem bleiben die Verordnungen Akte der Verwaltung und darum der Kontrolle durch den CE unterworfen. Der CE hat das zunächst für einen anderen Fall der autonomen Verordnungsgewalt entschieden. Nach Art. 47 der Verfassung von 1946 hatte der Ministerpräsident für eine in Art. 104 bestimmte Übergangszeit die Befugnis, in den "départements d'outre mer" auch die Fragen, die im Mutterland zur Domäne des Gesetzes gehörten,

Fortsetzg. der Fußnote (56) von Seite 69:

Durand, La décadence de la loi dans la Constitution de 1958. JCP 1959 I 1470

Soubeyrol, La définition de la loi et la Constitution de 1958. AJDA 1960 S. 123

Chapus, De la soumission au droit des règlements autonomes. D. 1960 Chron. S. 119

Hamon, Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière. D. 1960 Chron. S. 253

Charlier, Vicissitudes de la loi. In: Mélanges Maury, Bd. 2 S. 303

durch Dekret das auch von Gesetzen abweichen durfte, zu regeln. Der CE ließ gegen ein solches Dekret den REP zu und erklärte, der Ministerpräsident habe auch im Rahmen dieser Befugnis die allgemeinen Rechtsgrundsätze (57) zu beachten, die sich aus der Präambel der Verfassung ergäben und die Verordnungsgewalt binden, auch wenn keine gesetzliche Vorschrift vorhanden ist, CE vom 26. Juni 1959, Syndicat général des ingénieurs - conseils (58). In der Lehre wurde allgemein angenommen, daß der CE damit eine Vorentscheidung auch für die Verordnungsgewalt des Art. 37 der neuen Verfassung getroffen habe (59).

In der Entscheidung vom 12. Februar 1960, Soc. Eky (60), ließ der CE dann auch den REP gegen Verordnungen nach Art. 37 der Verfassung zu. Angefochten war ein Dekret, das die Ausgabe und Annahme gewisser Papiere als Zahlungsmittel zu einer Übertretung erklärte und mit Strafe bedrohte. Der CE stellte zunächst (61) fest, daß die Regelung der Übertretungen zum Bereich der Verordnungsgewalt gehöre, weil in Art. 34 nur die Regelung der Verbrechen und Vergehen dem Gesetz vorbehalten sei. Dann prüfte er nach, ob die angefochtenen Vorschriften mit gesetzlichen Bestimmungen und internationalen Verträgen vereinbar seien. Ein Verstoß gegen Gesetze kam natürlich nur insoweit in Frage, als die Gesetze auf dem Gebiet des Art. 34 ergangen waren. Dann läge gleichzeitig eine Verfassungsverletzung vor, da sich die Exekutive ohne Ermächtigung in den Bereich des Gesetzgebers eingemengt hätte. Art. 4 Code pénal schreibt auch für Übertretungen die gesetzliche Regelung vor. Der CE hielt die Vorschrift aber für derogiert durch Art. 34 der Verfassung. Auch Vorschriften des Code civil und des Code de commerce, für deren Materien der Gesetzgeber die Grundsatzkompetenz hat (Art. 34 Abs. 4 Ziffer 4), seien nicht verletzt. Der CE zog als weiteren Prüfungsmaßstab heran die internationalen Verträge über Wechsel- und Scheckrecht. Art. 35 der Verfassung schreibt nämlich vor, daß die ordnungsgemäß ratifizierten Verträge mit ihrer Veröffentlichung übergesetzlichen Rang erhalten. Der CE ging mit Recht davon aus, daß die Verträge auch den règlements autonomes im Rang vorgehen. Er hielt aber in diesem Fall keinen Verstoß für gegeben. Der REP wurde also als unbegründet abgewiesen. Die Bedeutung der Entscheidung liegt aber darin, daß der CE den REP zugelassen hat und daß die Exekutive im Bereich des Art. 37 zwar autonom gegenüber dem Gesetzgeber, aber

(57) Siehe dazu unten C. I.

(58) S. 1959 S. 202 Anm. Drago

(59) Drago a. a. O.; Vedel D. A. S. 39; Laubadère, Traité S. 77

(60) D. 1960 S. 263 Anm. L'Huillier; Rec. S. 101; S. 1960 S. 131 Concl. Kahn; JCP 1960 II 11629 bis Anm. Vedel

nicht der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist.

Art. 38 der Verfassung von 1958 legalisiert die besonders unter der IV. Republik verfassungsrechtlich zweifelhafte Praxis der décrets-lois. Die Regierung kann zur Durchführung ihres Programms das Parlament um die Ermächtigung ersuchen, während einer begrenzten Frist Maßnahmen zu treffen, die eigentlich zur Domäne des Gesetzes gehören. Diese Maßnahmen werden "ordonnances" genannt (62). Sie werden nach einer Stellungnahme des CE im Ministerrat beschlossen (Art. 38 Abs. 2) und vom Staatspräsidenten unterzeichnet (Art. 13 Abs. 1). Das Ermächtigungsgesetz bestimmt eine Frist, in der die Regierung ein Ratifikationsgesetz einbringen muß. Versäumt die Regierung diese Frist oder lehnt das Parlament das Ratifizierungsgesetz ab, so werden die ordonnances ungültig. Wird es angenommen, so erlangen sie Gesetzeskraft. Wird nicht darüber abgestimmt, so gelten die ordonnances als solche weiter, können aber auch dann nach Ablauf der Ermächtigungsfrist nur durch Gesetz abgeändert werden (Art. 38 Abs. 3).

Wie der CE den REP schon gegen die décrets-lois zugelassen hatte, so läßt er ihn nun auch gegen die ordonnances zu, weil auch sie von Verwaltungsbehörden erlassen werden (63). Das geschah erstmals in der Entscheidung vom 3. November 1961, Damiani (64), in welcher der CE erklärte, daß es nicht notwendig sei, auf die durch den Justizminister erhobene Einrede der Unzulässigkeit einzugehen (!), weil die Regierung jedenfalls im Rahmen ihrer Befugnisse geblieben sei.
Ganz klar entschied der CE darüber am 24. November 1961, Fédération des syndicats de police de France et d'outre-mer (65). Ein Gesetz vom 4. Februar 1960 hatte die Regierung ermächtigt, die "zur Aufrechterhaltung der Ordnung notwendigen Maßnahmen zu treffen". Aufgrund dieses Gesetzes erging am 20. August 1960 eine ordonnance. Deren Art. 1 ermächtigte

---

(61) Allerdings mit sehr anfechtbarer Begründung; siehe die Kritik von L'Huillier.

(62) Siehe dazu Debbasch. Les ordonnances de l'art. 38 dans la Constitution du 4. oct. 1958. JCP 1962 I 1701

(63) Dafür schon der damalige Premierminister M. Debré in der Debatte des Senats vom 3. Februar 1960 über ein Ermächtigungsgesetz. Journal Officiel, Débats parlamentaires, Sénat, 4. Februar 1960 S. 30

(64) D. 1961 S. 723; S. 1962 S. 61

(65) AJDA 1962 S. 144

die Regierung, durch Dekret unter Mitwirkung des CE die Rechtstellung des Personals der nationalen Sicherheitspolizei zu regeln. Gemäß Art. 34 der Verfassung werden die fundamentalen Rechte (garanties fondamentales) der Zivil- und Militärbeamten des Staates durch Gesetz geregelt. Der CE annullierte daher den Art. 1 der ordonnance. Er verstoße gegen Art. 34 der Verfassung, da er der Regierung für dauernd die Befugnis übertrage, die Rechte der betroffenen Polizisten zu definieren.

Wie die décrets-lois so werden auch die ordonnances unanfechtbar, wenn sie durch Gesetz ratifiziert worden sind, CE vom 10. Mai 1963, Ferrand (66). Durch Art. 2 des Gesetzes vom 13. April 1962 war der Präsident ermächtigt worden, durch ordonnances und im Ministerrat beschlossene Dekrete alle Maßnahmen auf dem Gebiet der Gesetz- oder Verordnungsgebung zur Ausführung der Regierungserklärung vom 19. März 1962 zu treffen. Eine solche ordonnance wurde angefochten. Der CE stellte jedoch fest, daß ein Gesetz vom 15. Januar 1963 den aufgrund des Art. 2 des Gesetzes vom 13. April 1962 ergangenen Verordnungen Gesetzeskraft verliehen habe. Die ordonnance könne daher nicht mehr im streitigen Verfahren angegriffen werden.

Art. 92 der Verfassung von 1958 verlieh der Exekutive Sonderbefugnisse für eine Übergangszeit. Er bestimmte:

> Die gesetzgeberischen Maßnahmen, die notwendig sind zur Bildung der Verfassungsorgane und bis zu deren Bildung für das wirksame Handeln der öffentlichen Gewalt, werden nach Stellungnahme des CE vom Ministerrat getroffen als ordonnances mit Gesetzeskraft. Während der in Art. 91 vorgesehenen Frist (vier Monate ab Verkündung der Verfassung) ist die Regierung ermächtigt, durch ordonnances mit Gesetzeskraft, die in derselben Form erlassen werden, das System der Wahlen zu den in der Verfassung vorgesehenen Versammlungen zu regeln.
> Innerhalb derselben Frist und unter den gleichen Bedingungen kann die Regierung auch auf allen Gebieten die Maßnahmen treffen, die sie für notwendig hält für das Leben der Nation, den Schutz der Bürger und die Wahrung der Freiheitsrechte.

Der CE qualifizierte die von der Exekutive aufgrund des Art. 92 erlassenen Regeln als Gesetzgebungsakte, CE vom 12. Februar 1960, Soc. Eky (60).

---

(66) RDP 1964 S. 501
(67) AJDA 1961 S. 106

Auf dem Weg über die ordonnances des Art. 92 wurde eine Reihe wichtiger gesetzgeberischer Maßnahmen getroffen, wie die Regelung der Enteignung, die Justizreform, eine Änderung des Strafrechts, die Organisation der Verteidigung. Diese Befugnis gehört aber der Geschichte an.

Neben den autonomen Verordnungen nach Art. 37 und den ordonnances nach Art. 38 kann die Exekutive auch weiterhin Ausführungs- und Durchführungsverordnungen erlassen, wenn sie vom Gesetzgeber dazu ermächtigt wird. Das folgt aus der Entscheidung des CE vom 27. Januar 1961, Daunizeau (67). Eine gemäß Art. 92 der Verfassung ergangene ordonnance, die also Gesetzeskraft hatte, enthielt eine Ermächtigung zum Erlaß von Dekreten. Eine aufgrund dieser Ermächtigung ergangene Verordnung wurde angefochten. Der CE verwarf den REP zum Teil als unzulässig, weil das Interesse an der Annullierung fehle (68), teils ließ er ihn zwar zu, hielt ihn aber für unbegründet. Er führte dazu aus, gewisse Bestimmungen beschränkten sich darauf, die in der ordonnance enthaltene Ermächtigung auszufüllen. Die anderen Bestimmungen hätten jedenfalls aufgrund des Art. 37 der Verfassung ergehen können, da sie nicht gesetzliche Materien beträfen. Daraus ist zu schließen, daß ein Gesetz erst recht zu Verordnungen ermächtigen kann. Ob die Exekutive auch ohne ausdrückliche Ermächtigung Ausführungsverordnungen erlassen kann, ist vom CE noch nicht entschieden worden. Waline (69) spricht sich dafür aus. Die Verfassung verbietet diese Praxis nicht ausdrücklich. Aus der Gesamtheit ihrer Bestimmungen ergibt sich vielmehr, daß der Exekutive keine Befugnisse genommen, sondern daß ihr neue Befugnisse zugewiesen werden sollen. Es wäre auch nicht sinnvoll, den Gesetzgeber im Rahmen des Art. 34 zu technischen Einzelregelungen zu zwingen.

Endlich prüft der CE auch die Maßnahmen des Präsidenten nach, die er aufgrund der Ausnahmebefugnisse des Art. 16 der Verfassung trifft, soweit sie in dem der Verordnungsgewalt zugewiesenen Bereich ergehen, GE vom 2. März 1962, Rubin de Servens (70).

Für den modernen Sozialstaat besteht die Alternative, entweder den Gesetzgeber durch eine großzügig gehandhabte Verordnungs-Praxis zu entlasten oder angesichts der Überforderung der Parlamente in quantitativer und qualitativer Hinsicht erhebliche Verzögerungen der Gesetzgebung in Kauf zu nehmen (71).

(68) Siehe unten B. II. 2.
(69) RDP 1959 S. 710
(70) Siehe dazu unten 5. (§ 8.)
(71) Forsthoff S. 119

In Frankreich hat man sich schon seit langem für die erste Lösung entschieden. Der Verordnungsgeber ist zwar - von Art. 37 der Verfassung von 1958 abgesehen - dem Gesetz unterworfen, aber doch weitgehend frei. Er bedarf zum Erlaß von Ausführungs- und Durchführungsverordnungen keiner besonderen Ermächtigung durch den Gesetzgeber und er kann auf bestimmten Gebieten Regelungen treffen, auch wenn noch kein Gesetz ergangen ist. Bedenklich war allerdings die Praxis der décrets-lois, da sie zu einer weitgehenden Abdankung des Gesetzgebers zugunsten der Exekutive führte. Die in der Ermächtigung enthaltenen Grenzen waren so weit, daß von einem Einfluß des Gesetzgebers auf den Inhalt der décrets-lois keine Rede mehr sein konnte. Auch bei der Abstimmung über das Ratifikationsgesetz übte das Parlament kaum eine wirksame Kontrolle aus. Das war schon wegen der Masse der décrets-lois nicht möglich. Jedoch besteht für die Exekutive immer eine andere wirksame Kontrolle: die richterliche Prüfung der Rechtmäßigkeit, die der Einzelne durch den REP herbeiführen kann. Man wird sagen dürfen, daß gerade das Vertrauen auf die richterliche Kontrolle dazu beigetragen hat, der Exekutive eine relativ große Freiheit einzuräumen. Die Verfassung von 1958 ist in der Stärkung der Exekutive wohl weiter gegangen als notwendig. Man hätte dem Gesetzgeber wenigstens die Regelung der Grundzüge aller Materien belassen sollen. Während vor 1958 eine weitgehend freie Verordnungsgewalt neben einer wenigstens theoretisch ganz unbeschränkten Legislative stand, hat man nun der Legislative bestimmte Gebiete entzogen und sie der Exekutive zugewiesen. Diese hat nun neben ihrer Funktion der Gesetzesausführung und der Regierung im materiellen Sinn, der Leitung und Führung des Staatsganzen (72), eine ganz autonome Rechtsetzungsbefugnis. Mit dem herkömmlichen Begriff des gewaltenteilenden Rechtsstaates ist das wohl nicht mehr vereinbar. Auch hier wirkt wieder als letzte Sicherung der REP zu den Verwaltungsgerichten. Der CE hat schon vor 1958 einen Prüfungsmaßstab neben den Gesetzen - die ja im Rahmen des Art. 37 die Exekutive nicht mehr binden - entwickelt: die allgemeinen Rechtsgrundsätze (73).

Dagegen wurde in Deutschland, vor allem mit Art. 80 GG, der andere Weg eingeschlagen. Die ohnedies schon strengen Anforderungen des Art. 80 GG an die gesetzliche Ermächtigung wurden durch die Rechtsprechung zum Teil noch verschärft (74). Die Nachteile dieser Regelung sind nicht zu verkennen: Schnell wechselnden Umständen muß dadurch begegnet werden, daß schnell neue Vorschriften geschaffen und schon bestehende Regeln geändert werden. Dazu ist nur die Exekutive in der Lage. Das Verfahren der Legislative ist zu

(72) Wolff S. 68

(73) Siehe unten C. I. (§ 14.)

(74) BVerfG Bd. 1 S. 60; 2 S. 307; 7 S. 301; 8 S. 305; 10 S. 358. Siehe andererseits die generelle Ermächtigung zum Erlaß von Durchführungsverordnungen in Art. 55 der Bayer. Verfassung.

schwerfällig. Außerdem gerät das Parlament, wenn es Einzelregelungen oder Maßnahmegesetze erläßt, entweder in Abhängigkeit von der sachverständigen Ministerialbürokratie, der es aber die Verantwortung abnimmt, oder in die Gefahr, unzweckmäßige und in der Praxis schwer ausführbare Vorschriften zu erlassen. Außerdem wird dadurch die Verwaltung - im funktionellen Sinn - politisiert, was ihrer Unparteilichkeit und Leistungsfähigkeit nicht förderlich ist. Andererseits wird die Exekutive durch diesen Perfektionismus der Gesetze, zu dem eine überstrenge Auslegung des Art. 80 GG führt, zu sehr gegängelt. Sie verliert ihre Elastizität und Verantwortungsfreude. Das Parlament ist seiner Struktur nach am besten dazu geeignet, Grundregeln zu schaffen und deren Einhaltung durch die Exekutive zu kontrollieren. Der Struktur der Verwaltung entspricht es, die Gesetze durch elastische Ausführungsregeln auf die wechselnden Umstände anzuwenden (75).

Allerdings muß dann die richterliche Kontrolle der Verordnungen besser ausgebaut werden. Die Regelung des § 47 VwGO ist keineswegs befriedigend, auch nicht unter der Geltung des Art. 80 GG, der wegen der strengen Bindung des Verordnungsgebers eine Kontrolle weniger dringlich macht. Die Bedeutung des abstrakten Normenkontrollverfahrens für den Rechtsschutz des Einzelnen wird übersehen (76). Auch durch abstrakte Regelungen kann der Staatsbürger unmittelbar betroffen sein. Die Inzidentkontrolle, auf die der Rechtsuchende nicht selten verwiesen wird (77), hat außerdem den Nachteil, daß es zu keiner erga omnes wirkenden Entscheidung kommt, was zu ungerechten Ergebnissen führt. Meinungsverschiedenheiten der Gerichte werden auf dem Rücken der Rechtsuchenden ausgetragen. Außerdem besteht die Gefahr, daß in einem Rattenschwanz von Anfechtungsklagen über die Wirksamkeit von Einzelakten, die aufgrund einer zweifelhaften Verordnung ergangen sind, jeweils im Einzelfall entschieden werden muß. Die Einrichtung des Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO sollte also obligatorisch gemacht werden (78). Der Rechtsschutz des Bürgers fordert weiter, daß auch Bundesrecht

---

(75) Siehe dazu sehr eindrucksvoll Wolff S. 66 f. Charlier a. a. O., insbes. S. 31

(76) Siehe dazu Obermayer, Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle. DVBl. 1965 S. 625

(77) OVG Bremen DVBl. 1960 S. 809

(78) Obermayer a. a. O. S. 632 vertritt mit beachtlichen Argumenten (Art. 19 IV GG !) die Auffassung, schon nach geltendem Recht sei in allen Ländern der Normenkontrollantrag zu den OVGen zulässig.
Dagegen BVerwG DÖV 1965 S. 169 mit schwacher Begründung.
Siehe die Kritik bei Renck, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Rechtsnormen. JuS 1966 S. 273

als Prüfungsmaßstab anerkannt wird (79). Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2 GG und § 13 Ziffer 6 BVerfGG, auf die zur Begründung dafür verwiesen wird, daß das Bundesrecht als Prüfungsmaßstab ausscheidet, geben dem Einzelnen keine Möglichkeit, die Normenkontrolle selbst herbeizuführen. Schließlich sollte ein Normenkontrollverfahren geschaffen werden, das jedem Betroffenen die Befugnis gibt, Verordnungen des Bundes auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit prüfen zu lassen (80). Eine wirksame richterliche Kontrolle der Verordnungen würde es erlauben, an die gesetzliche Ermächtigung des Verordnungsgebers weniger strenge Anforderungen zu stellen.

---

(79) Dagegen die herrschende Rechtsprechung. Siehe z. B. OVG Bremen a. a. O., das die Ansicht vertritt, die abstrakte Normenkontrolle sei keine für den Rechtsstaat unentbehrliche Rechtsschutzeinrichtung. Das ergebe sich schon daraus, daß § 47 VwGO es den Ländern freigestellt habe, die OVGe zur abstrakten Normenkontrolle zu ermächtigen. Damit setzt das OVG Bremen wohl zu großes Vertrauen auf den Gesetzgeber. Der Rechtsstaat ist keineswegs schon in allen Bereichen verwirklicht.

(80) Nach Obermayer a. a. O. S. 632 ist das bereits geltendes Recht.

5. § 8. Verwaltungsakte und Regierungsakte

Unter dem Stichwort "acte de gouvernement"(im folgenden abgekürzt a.g.) tauchen im französischen Verwaltungsrecht die Fragen auf, welche die deutsche Wissenschaft unter der Bezeichnung"Regierungsakt" oder, deutlicher und auf das eigentliche Problem hinweisend, "gerichtsfreier Hoheitsakt" diskutiert.

Für das Verhältnis Exekutive - Verwaltungsgerichtsbarkeit ist von entscheidender Bedeutung, ob es Akte der Exekutive gibt, die gerichtsfrei sind, d.h. von den Gerichten nicht auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden dürfen, und welche Akte dieses Privileg genießen. Die Rechtsprechung setzt sich hier selbst Grenzen. Eine Wesensverwandtschaft mit dem von der Rechtsprechung anerkannten Ermessen und mit dem Beurteilungsspielraum ist nicht zu verkennen. Nur ist hier der gerichtsfreie Raum, den die Rechtsprechung der Exekutive einräumt, viel weiter. Es wird nur noch geprüft, ob ein gerichtsfreier Hoheitsakt gegeben ist - nicht mehr; während der Richter beim Ermessen doch prüft, ob seine Grenzen eingehalten und die Regeln für seine Ausübung gewahrt wurden. Beim Beurteilungsspielraum prüft er, ob die Auslegung der Verwaltungsbehörde rechtlich möglich oder vertretbar ist. Diese Selbstbeschränkung wird, je nach dem Standpunkt, als Zeichen der Schwäche gegenüber der übermächtigen Exekutive gewertet oder als weise Zurückhaltung, die der Exekutive den lebensnotwendigen Spielraum beläßt.

I. Die Rechtsprechung

In Frankreich ist, anders als in Deutschland, zu dem Problem des a.g. eine reiche Rechtsprechung vorhanden. Diese Rechtsprechung ist zunächst darzustellen. Dann ist - in Auseinandersetzung mit den in der französischen Wissenschaft vertretenen Auffassungen - zu untersuchen, auf welchen Gründen diese Rechtsprechung beruht. Schließlich ist zu fragen, ob die so gewonnenen Erkenntnisse die Ansicht stützen, daß es auch im deutschen Recht eine Gruppe von Akten gebe, die als Regierungsakte gerichtlich nicht nachprüfbar seien.

a) Geschichte des a.g.

Der Begriff a.g. wurde vom CE seit der Entscheidung vom 20. Mai 1887, Henri d'Orléans, duc d'Aumale, Murat (1), nicht mehr gebraucht (2). Nur der Tribunal des conflits verwendet ihn auch noch in neuerer Zeit (3). Der CE hat ihn wiederaufgenommen in der Entscheidung vom 2. März 1962, Rubin de Servens (4), für einen, wenn es so etwas überhaupt gibt, klassischen Fall eines gerichtsfreien Hoheitsaktes. Mit der überwiegenden Rechtslehre (5) ist jedoch anzunehmen, daß die Rechtsprechung einen a.g. immer dann für gegeben hält, wenn sie die Zulässigkeit des REP oder Rechtsweges überhaupt verneint, obwohl die anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Tribunal des conflits und CE verwenden oft die Formel, der Akt sei seiner Natur nach nicht geeignet, im streitigen Verfahren vor Gericht gebracht zu werden (6).

Die Geschichte der Rechtsprechung zum a.g. beginnt mit einem recht trüben Kapitel. Der CE folgte zunächst der Theorie vom "mobile politique", d.h. er erklärte die Akte der Exekutive zu a.g., die aus politischen Motiven ergingen. So hieß es in der Entscheidung des CE vom 1. Mai 1822, Laffitte (7):
"Die Beschwerde des M. Laffitte bezieht sich auf eine politische Frage, deren Entscheidung ausschließlich der Regierung zusteht."

---

(1) D. 1888 III S. 105; S. 1889 III S. 19. Dort wurde allerdings festgestellt, daß ein acte de gouvernement, auf dessen Vorliegen sich der Kriegsminister berufen hatte, nicht gegeben sei.

(2) In einer Entsch. vom 18. März 1898, Conseil général du Sénégal, D. 1899 III S. 51, sprach der CE allerdings von "Ausübung der Exekutivgewalt in Regierungsangelegenheiten" und wies den REP als unzulässig ab.

(3) z.B. CE vom 24. Juni 1954, Barbaran, Rec. S. 712; S. 1955 III S. 6

(4) JCP 1962 II 12613 Concl. Henry; S. 1962 S. 147 Anm. Bourdoncle; RDP 1962 S. 288 Concl. Henry, Anm. Berlia. Siehe dazu weiter unten.

(5) Auby-Drago, Chapus, Laubadère, Mignon, siehe dazu weiter unten

(6) So und ähnlich in den unten behandelten Entscheidungen Prévost, Panaget, Caraco, Poujade, Bastide, Radio-diffusion française.

(7) Rec. Bd. 3 S. 202

In der Entscheidung des CE vom 18. Juni 1852, Famille d'Orléans (8), handelte es sich um folgenden Fall: Das Dekret vom 22. Januar 1852 hatte bestimmt, daß die Geschenke, die Louis Philippe am 7. August 1830 aus Staatsvermögen seinen Kindern vermacht hatte, zurückerstattet werden müßten. Dagegen wandten sich die Kinder an den CE. Dieser bezeichnete das Dekret als a.g., "dessen Ausführung und Wirkungen nicht der gerichtlichen Nachprüfung unterworfen werden können".
Es ist klar, daß die hoheitliche Anordnung der Rückgabe von Vermögenswerten grundsätzlich ein anfechtbarer Verwaltungsakt ist. Der CE erklärte das Dekret nur deswegen für unanfechtbar, weil es aus politischen Gründen ergangen war.

In der Entscheidung vom 9. Mai 1867, Duc d'Aumale et Michel Lévy (9), stellte der CE wieder ganz eindeutig auf den politischen Charakter des angefochtenen Aktes ab. Der Sachverhalt: Der Polizeipräfekt des Seine-Departements hatte die Druckbogen eines vom Duc d'Aumale (Mitglied der Familie Orléans) verfaßten Buches, das von Lévy herausgegeben werden sollte, beschlagnahmt. Der Innenminister hatte sich geweigert, diese Maßnahme aufzuheben. Gegen die Akte des Polizeipräfekten und des Innenministers richteten sich die REP der Betroffenen. Der CE erklärte sie für unzulässig mit der Begründung, die angegriffenen Akte seien politischer Natur.

Diese Rechtsprechung war gefährlich und entsprach kaum rechtsstaatlichen Grundsätzen. Leider findet sich in der Rechtsprechung des BVerwG, allerdings als obiter dictum, eine bedenkliche Formulierung, die in dieselbe Richtung zeigt (10): "... Der Entscheidung über die Enteignung ... wohnt kein besonderes staatspolitisches Element inne, wie es für den Regierungsakt zu fordern wäre." Jedoch gerade dort, wo die Exekutive aus politischen Gründen handelt, müssen die Gerichte darüber wachen, daß das Gesetz eingehalten und daß insbesondere der Gleichheitssatz nicht verletzt wird. Außerdem ist keineswegs klar, wann nun eigentlich ein Akt politischen Charakter hat.
Die zweifelhafte Vergangenheit des a.g. ist ein Grund dafür, daß er heute in der Wissenschaft skeptisch und mißtrauisch betrachtet wird. Die damalige Haltung des CE ist wohl darauf zurückzuführen, daß er bis 1872 nur im Namen des Staatsoberhauptes entschied (justice retenue). Nach dem Wortlaut

(8) Rec. S. 252
(9) Rec. S. 472
(10) BVerwG Bd. 2 S. 36, Zitat S. 38

des Gesetzes brauchte das Staatsoberhaupt die Entscheidung des CE nicht zu übernehmen. Der CE wollte dadurch, daß er in politischen Fragen sehr vorsichtig war, der politischen Instanz keinen Anlaß geben, seine Entscheidungen zu mißachten. Tatsächlich gab er, nachdem er die volle Entscheidungsgewalt als Organ der Rechtsprechung erhalten hatte (justice déléguée), die Theorie vom "mobile politique" auf in der berühmten Entscheidung vom 19. Februar 1875, Pince Napoléon Joseph Bonaparte (11). Der Kläger, ein Vetter Napoleons III. war von diesem zum General ernannt worden. Als 1873 nach mehrjähriger Unterbrechung das militärische Jahrbuch wieder erschien, war der Kläger in der Liste der Generale nicht aufgeführt. Der Kriegsminister erklärte auf Anfrage, das sei kein Versehen. Die Ernennung sei unter den besonderen politischen Umständen des Kaiserreichs erfolgt und mit ihnen weggefallen. Prince Napoléon wandte sich gegen die Bestreitung seiner Rechte mit dem REP an den CE. Der Kriegsminister trug vor, es handele sich um einen unanfechtbaren a.g., da die Maßnahme politischen Charakter habe. Dagegen wandte sich der Commissaire du Gouvernement David in seinen Conclusions. Er brachte zunächst den interessanten Gedanken, daß es sich beim a.g. um einen Fall des Ermessens (pouvoir discrétionnaire) handele. Dieses müsse aber der Regierung von der Verfassung oder vom Gesetz eingeräumt werden. Im entscheidenden Satz (12) heißt es dann: Um einen a.g. anzunehmen, genügt es nicht, daß der Akt im Ministerrat beschlossen wird (wie es hier geschehen war) oder daß er durch ein politisches Interesse diktiert worden ist. Der CE schloß sich dieser Ansicht an. Er ließ den REP zu, wies ihn allerdings - aus hier nicht interessierenden Gründen - als unbegründet ab.

In der Entscheidung vom 5. November 1880, Marquigny (13), verwarf auch der Tribunal des conflits die Theorie vom "mobile politique".

b) Gegenwärtiger Rechtszustand

Seit dem Ende des 19. Jahrhunderts hat sich die Rechtsprechung zum a.g. konsolidiert. Auf die - nicht sehr wichtigen - Änderungen wird jeweils hingewiesen werden. Die Akte, welche die Rechtsprechung als a.g. qualifiziert, können ziemlich genau in zwei Gruppen geteilt werden, nämlich in die Akte der Exekutive

(11) Rec. S. 155 Concl. David
(12) a.a.O. S. 158
(13) Rec. S. 800

aa) in den Beziehungen zum Parlament
cc) in auswärtigen Angelegenheiten.
Bis vor kurzem wurden auch die Gnadenakte (bb) als a.g. angesehen.
Aus diesen Gruppen sollen einige typische Entscheidungen dargestellt werden.

aa) Akte der Exekutive in den Beziehungen zum Parlament

1. Akte im Gesetzgebungsverfahren

Der CE hatte folgenden Fall zu entscheiden: M. Prévost und andere Bürger der Gemeinde Mendon wollten, daß ein Teil der Gemeinde abgetrennt und zu einer selbständigen Gemeinde gemacht werde. Sie brachten das dafür vorgesehene Verfahren in Gang. Aber der Innenminister versagte seine Mitwirkung. Er konnte die neue Gemeinde nicht selbst errichten, sondern hätte ein Gesetz einbringen müssen. Das lehnte er ab. Diese Entscheidung griffen Prévost und andere an. Der CE wies den REP als unzulässig ab, da "die Akte der Exekutive in ihren Beziehungen zum Parlament nicht so geartet sind, daß sie Gegenstand eines streitigen Gerichtsverfahrens sein können." CE vom 17. Februar 1888, Prévost (14).

Diese Rechtsprechung wurde bestätigt in der Entscheidung des CE vom 9. Mai 1951, Mutuelle nationale des Etudiants de France (15). Dieses Mal wurde ein Gesetzentwurf des Ministerpräsidenten angefochten. Der CE wies den REP ab, da es sich um einen Akt in den Beziehungen zwischen Regierung und Parlament handele.

Auch die Weigerung, Haushaltsmittel zu beantragen, wird von der Rechtsprechung als unanfechtbare Entscheidung angesehen: CE vom 19. März 1947, Panaget (16). Panaget focht die Entscheidung eines Staatssekretärs an, der seinen Antrag auf rückwirkende Bezahlung eines höheren Gehalts abgelehnt hatte. Der Kläger berief sich unter anderem darauf, daß der Minister es fehlerhafterweise unterlassen habe, im Parlament die nötigen Mittel zu beantragen, um seine, des Klägers, Stelle höher einstufen zu können. Der CE wies den REP insoweit als unzulässig ab und begründete die Abweisung mit denselben Worten wie im Fall Prévost.

---

(14) Rec. S. 149
(15) Rec. S. 253
(16) Rec. S. 114

Schon in der Entscheidung vom 6. Juli 1834, Préfet de police et de la Seine (17), hatte der CE einen REP abgewiesen, der sich gegen die Weigerung eines Ministers richtete, für bestimmte Verwaltungsaufgaben Mittel zu beantragen.

Die Verkündung eines Gesetzes erfolgt durch Dekret (18). Ein solches Dekret focht der Friedensrichter Desreumeaux mit der Behauptung, der veröffentlichte Text sei nicht mit dem vom Parlament verabschiedeten identisch. Der CE wies den REP in der Entscheidung vom 3. November 1933 (19) als unzulässig ab. Die "décrets de promulgation" stellten Akte in den Beziehungen zwischen Regierung und Parlament dar, die nicht anfechtbar seien.

2. Akte im Wahlverfahren

Hier ist zu unterscheiden. Der CE beschränkt die Zulässigkeit des REP nur für solche Akte, die zur notwendigen Vorbereitung einer Wahl zu einer gesetzgebenden Körperschaft gehören. Dagegen läßt er den REP zu gegen Akte, welche die Wahl zu anderen Körperschaften regeln, etwa zu Gemeinderäten, Conseils généraux (gewählte Versammlungen auf Departement-Ebene), Selbstverwaltungsorganen im Berufsrecht u. ä. Jedoch ist zur Nachprüfung dieser Wahlen ein besonderes Verfahren vor den Verwaltungsgerichten geschaffen worden (20). Soweit der Rechtsuchende gegen einen Akt in diesem Verfahren vorgehen kann und soweit ihm dieses Verfahren denselben Erfolg sichert wie der REP, steht dessen Zulässigkeit das Bestehen eines recours parallèle (21) entgegen. In diesem Bereich ist die Verwaltungsrechtsprechung jedoch kontrollfreudig. Sie neigt dazu, die Einrede des recours parallèle sehr genau zu prüfen und den REP soweit wie möglich zuzulassen (22).

---

(17) Rec. S. 787

(18) Für die III. Republik vorgesehen in Art. 3 des Verfassungsgesetzes vom 25. Februar 1875, Art. 7 des Verfassungsgesetzes vom 16. Juli 1875; Für die V. Republik siehe Art. 10 der Verfassung vom 4. Oktober 1958 und des Dekrets vom 20. Mai 1959.

(19) S. 1934 III S. 9 mit kritischer Anm. Alibert; D. 1934 III S. 35 Anm. Gros

(20) Contentieux des élections. Siehe dazu Bonneau in: Jurisclasseur administratif Bd. 5 Heft 760-762 (21) Siehe unten B. III. 1.

(22) Siehe Salomon, Les opérations préparant les élections devant le juge de l'excès de pouvoir. RDP 1957 S. 605 ff. insbes. S. 643 ff.

Anders im Bereich der Wahlen zu den Gesetzgebungsorganen. Hier ist die Rechtsprechung äußerst zurückhaltend (23). In ständiger Rechtsprechung weist der CE den REP gegen Einzelakte ab, die solche Wahlen vorbereiten. Typisch ist die Entscheidung des CE vom 26. Juli 1946, Pébellier (24). Der Präfekt hatte sich geweigert, den Kläger als Kandidat für die verfassungsgebende Versammlung einzutragen. Der CE verwarf den dagegen gerichteten REP als unzulässig, da, solange keine anderslautende Vorschrift vorhanden sei, die verfassungsgebende Versammlung allein über die die Wahl vorbereitenden Maßnahmen entscheide.

Unter der Verfassung der IV. Republik erging die Entscheidung des CE vom 9. Juni 1950, Mallarmé (25). Mallarmé focht an

1. Art. 29 eines Dekrets vom 24. September 1948. Dieses verbot, solche Personen als Kandidaten für den Conseil de la République einzutragen, die unter den Art. 18 der ordonnance vom 21. April 1944 fielen, d.h. die 1940 für die Übertragung der verfassungsgebenden Gewalt auf Pétain gestimmt hatten.
2. Die Entscheidung des Präfekten, durch die dieser aufgrund des zitierten Dekrets die Eintragung Mallarmé verweigert hatte.

Den zweiten REP verwarf der CE als unzulässig, da über die "Akte, die das Vorspiel der Wahlen sind" (actes qui sont le préliminaire des opérations électorales) nur der Conseil de la République selbst entscheide (26).
Den ersten REP ließ der CE zu, da es sich nicht um einen Einzelakt, sondern um eine abstrakte und generelle Norm handelte. Er hielt ihn aber, aus hier nicht interessierenden Gründen, für unbegründet.

In den Entscheidungen vom 8. Juni 1951, Hirschowitz, und vom 2. November 1951, Tixier (27), ließ der CE auch den REP gegen abstrakte und generelle, in einem Dekret enthaltene Normen nicht zu, die die Wahl zur Nationalversammlung regelten. Zur Begründung berief sich der CE ausdrücklich auf Art. 8 der Verfassung von 1946. Daran wurde durch Vedel (28) und in einer mit "F.N " signierten Anmerkung (28a) scharfe Kritik geübt, denn das bedeutete eine Einengung der gerichtlichen Kontrolle, verglichen mit der Entscheidung Mallarmé. Dort hatte sich der CE noch an die bis dahin allgemein anerkannte Regel gehalten, daß nur solche Akte unanfechtbar seien, die für eine spezielle Wahl die unerläßliche Voraussetzung bildeten (28b). Das trifft für eine abstrakte und generelle Regelung des

(23) Salomon, a.a.O. nennt die Haltung des CE sogar ängstlich.
(24) Rec. S. 218 (25) Rec. S. 352
(26) Art. 8 der Verfassung von 1946 bestimmte: Jede der beiden Kammern ist Richter über die Wählbarkeit ihrer Mitglieder und über die Ordnungsmäßigkeit der Wahl.

Fußnoten (27) bis (28b) siehe Seite 85, unten.

Wahlverfahrens nicht zu. Es scheint also, daß der CE diese Regel aufgegeben hat. Damit ist keine eindeutige Abgrenzung der unanfechtbaren Akte im Wahlverfahren mehr möglich. Es droht eine Ausuferung dieses Begriffes.

In der Entscheidung Lagaillarde scheint der CE aber wieder zu der alten Regel zurückgekehrt zu sein, CE vom 27. Mai 1960, Lagaillarde (29). Lagaillarde focht ein Dekret an, das die Bedingungen für die Kandidatur und die Wählbarkeit in den algerischen Departements regelte. Der CE prüfte das angefochtene Dekret nach, ohne auf die Zulässigkeit des REP näher einzugehen. Ob damit das Schwanken der Rechtsprechung beendet ist, kann noch nicht mit Sicherheit gesagt werden.

In einem Gesetz vom 5. Oktober 1946 wurde bestimmt, daß gegen die Ablehnung der Kandidatur zu einer gesetzgebenden Versammlung eine Beschwerde zum Conseil de préfecture zulässig sei, der ohne Berufungsmöglichkeit entscheide. Diese Regelung wurde am 9. Mai 1951 auf die Ablehnung der Eintragung von Listenverbindungen (apparentements) ausgedehnt. In den Entscheidungen des CE vom 8. Juni 1951, Dreyfus-Schmidt (30), und vom 8. Juni 1951, Brusset (31), lehnte der CE die Nachprüfung der in diesem Verfahren ergangenen Entscheidungen des Conseil de préfecture auch im Wege der Revision (pouvoir en cassation) ab, obwohl dieses Rechtsmittel im Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen war. Auch hier zeigt sich, daß der CE auf dem Gebiet des Wahlverfahrens die Kontrolle so zurückhaltend wie möglich handhabt, nur durch Gesetz ausdrücklich geschaffene Rechtsbehelfe zuläßt und auch diese sehr streng beschränkt, weil er sie als Ausnahmeregeln bewertet.

Der Gesetzgeber scheint die Notwendigkeit gerichtlicher Kontrolle besser zu erkennen. In den ordonnances vom 13. und 15. Oktober 1958 werden die Tribunaux administratifs für die Anfechtung von Akten für zuständig erklärt, welche die Wahlen zur Nationalversammlung und zum Senat vorbereiten, in der ordonnance vom 7. November 1964 wurde ein Rechtsbehelf gegen die Akte zur Vorbereitung der Präsidentschaftswahl geschaffen und dem CE zur Entscheidung zugewiesen.

(27) Beide in JCP 1952 II 6810 Anm. Vedel (28) a.a.O.
(28a) D. 1951 S. 530
(28b) Vedel a.a.O.
(29) Rec. S. 369
(30) Rec. S. 320; D. 1951 S. 529 Anm. F.M.;
S. 1951 III S. 74 Concl. Delvolvé; JCP 1952 II 6810
(31) JCP 52 II 6810

In der Verfassung von 1958 werden auch nicht mehr die beiden Kammern des Parlaments zu Richtern über das Wahlverfahren bestimmt, sondern grundsätzlich der Conseil Constitutionnel (Art. 59). Der CE scheint dabei zu bleiben, seine Zuständigkeit eng zu begrenzen. Dafür spricht die Entscheidung vom 6. November 1963 Favand (33). Ein Stimmzettel, der eine Stimme für den Kläger enthielt, war für ungültig erklärt worden. Der Präfekt weigerte sich, die Entscheidung aufzuheben. Dagegen richtete sich der REP des Klägers. Der CE hielt ihn für unzulässig, da er darauf abziele, Ergebnisse der Parlamentswahlen in Frage zu stellen. Darüber zu entscheiden, stehe der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zu.

Mit anderer Begründung erklärte der CE die zur Vorbereitung eines Referendums notwendigen Akte für unanfechtbar, wenn das durch Referendum angenommene Gesetz in Kraft getreten ist. Der Richter müßte sich sonst über die Gültigkeit des Gesetzes aussprechen. Der CE glaubt, dazu nicht befugt zu sein, CE vom 29. April 1963, Llorca, Barreau (33a). Auch bei der Nachprüfung der Wahl des Präsidenten der Republik, die seit der Verfassungsänderung vom 6. November 1962 direkt ist, übt der CE Zurückhaltung. So in der Entscheidung vom 6. Mai 1966 (34). Angefochten war der zweite Wahlgang vom 19. Dezember der Präsidentschaftswahlen von 1965 und eine Anweisung des Innenministers an die Präfekten zur Regelung dieser Wahl. Der CE wies den REP als unzulässig ab, weil Art. 58 der Verfassung bestimmt, daß der Conseil Constitutionnel über die Ordnungsmäßigkeit der Präsidentschaftswahlen wacht und Beschwerden prüft.

3. a.g. unter der Verfassung der V. Republik

Seit 1958 ist auch der Begriff a.g. wieder zu Ehren gekommen. Der CE gebrauchte ihn in der berühmten Entscheidung vom 2. März 1962, Rubin des Servens (35). Es handelte sich um eine Anwendung des Art. 16 der Verfassung von 1958 durch den Staatspräsidenten. Art. 16, der an Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung erinnert, bestimmt:

> I. Wenn die Einrichtungen der Republik, die Unabhängigkeit der Nation, die Unversehrtheit ihres Gebietes oder die Erfüllung ihrer internationalen Verpflichtungen ernstlich und unmittelbar bedroht sind und die regelmäßige Tätigkeit der Staatsorgane

(33) Zsfg. in RDP 1964 S. 499

(33a) Zwei Entscheidungen, RDP 1963 S. 816. Vgl. dazu die oben S. 57 f. wiedergegebene Entsch. vom 21. Oktober 1961, Le Regroupement national

(34) Le Monde vom 7. Mai 1966

(35) RDP 1962 S. 314 Concl. Henry S. 296 ff.; S. 1962 S. 145

unterbrochen ist, ergreift der Präsident der Republik die nach den Umständen erforderlichen Maßnahmen nach förmlicher Beratung mit dem Premierminister, den Präsidenten der Versammlungen sowie dem Conseil Constitutionnel.

II. Er unterrichtet die Nation darüber durch eine Botschaft.

III. Diese Maßnahmen müssen von dem Willen getragen sein, den Verfassungsorganen sobald als möglich die Möglichkeit zur Erfüllung ihrer Aufgabe zu schaffen. Der Conseil Constitutionnel wird dazu konsultiert.

IV. Das Parlament tritt ohne Einberufung zusammen.

V. Die Nationalversammlung kann während der Ausübung der Ausnahmebefugnisse nicht aufgelöst werden.

Am 3. Mai 1961 hatte der Präsident von seinen Befugnissen Gebrauch gemacht und einen Militärgerichtshof mit besonderen Kompetenzen errichtet. Dagegen wandten sich Rubin de Servens und andere an den CE. Dieser führte aus, die Entscheidung, durch die der Präsident nach Konsultation des Premierministers und der Präsidenten der Versammlungen und nach Stellungnahme des Conseil Constitutionnel den Art. 16 angewendet habe, sei ein a. g. Es stehe dem CE weder zu, dessen Legalität zu würdigen, noch die Dauer der Anwendung zu prüfen. Diese Entscheidung habe zur Folge gehabt, den Präsidenten der Republik zu ermächtigen, alle nach den gegebenen Umständen nötigen Maßnahmen zu treffen und insbesondere auf den in Art. 34 der Verfassung aufgezählten Gebieten die Gesetzgebungsgewalt und im übrigen gemäß Art. 37 die Verordnungsgewalt auszuüben. Nach Art. 34 werde das Strafverfahren sowie die Schaffung neuer Gerichtszweige durch Gesetz geregelt. Die angefochtene Entscheidung sei darauf gerichtet, einen neuen Gerichtszweig im Sinn des Art. 34 zu errichten und das Strafverfahren vor diesem Gericht zu regeln. Daraus folge, daß sie ein Gesetzgebungsakt (acte législatif) sei, über den zu entscheiden, dem Verwaltungsrichter nicht zustehe.

Der CE unterscheidet also

a) die Entscheidung des Präsidenten, Art. 16 anzuwenden. Das ist ein unanfechtbarer Regierungsakt.

b) Die aufgrund der Befugnisse nach Art. 16 ergriffene Maßnahme. Diese ist ein Gesetzgebungsakt, soweit sie die in Art. 34 genannten Materien betrifft. Insoweit ist sie auch unanfechtbar.

Der CE entscheidet aber ganz anders, wenn der Präsident von Befugnissen

Gebrauch macht, die ihm durch Gesetz verliehen wurden. So in der Entscheidung vom 19. Oktober 1962, Canal (36). Am 13. April 1962 wurde durch Referendum ein Gesetz angenommen, das dem Staatspräsidenten ähnliche Befugnisse gab, wie Art. 16 der Verfassung. Art. 2 dieses Gesetzes ermächtigte ihn "durch ordonnance oder durch Dekret alle Maßnahmen auf dem Gebiet der Gesetzgebung und der Verordnungen zu treffen in Bezug auf die Regierungserklärung vom 19. März 1962." Da es eine Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze nicht gibt, gilt auch ein solches Gesetz grundsätzlich als wirksam. Aufgrund dieses Gesetzes erließ der Präsident eine ordonnance, durch die wieder ein Militärgerichtshof errichtet wurde. Dieser sollte über die Straftaten entscheiden, die beim Putsch in Algerien 1962 begangen worden waren. Gegen diese ordonnance wandte sich Canal mit dem REP. Der CE ließ ihn zu. Das Gesetz - von dessen Gültigkeit er ausging - ermächtige den Präsidenten nicht, die gesetzgebende Gewalt auszuüben, sondern nur dazu, ausnahmsweise von der Verordnungsgewalt auf Gebieten Gebrauch zu machen, die normalerweise zur Domäne des Gesetzes gehören. Die ordonnance sei deshalb ein Verwaltungsakt und könne mit dem REP angefochten werden. Dieser sei auch begründet. Die ordonnance verletze die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts, besonders durch die Art, wie sie das Verfahren regele, und durch die Ausschaltung jedes Rechtsmittels. So schwere Eingriffe in allgemeine Rechtsgrundsätze seien zur Anwendung der Regierungserklärung nicht notwendig. Die ordonnance überschreite also die gesetzliche Ermächtigung.
Diese Entscheidung ist wohl dadurch zu erklären, daß der CE es als gefährlich ansieht, wenn sich der Präsident durch ein Referendum Sondervollmachten übertragen läßt. Der CE hält es darum für nötig, hier seine Kontrolle auszuüben. Leider hat der Gesetzgeber diese Rechtsprechung dadurch ihrer Wirkung beraubt, daß er durch Art. 50 des Gesetzes vom 15. Januar 1963 den aufgrund des Art. 2 oben genannten Gesetzes ergangenen ordonnances Gesetzeskraft verlieh (37). Außerdem drohte die Regierung, empört über den in der Entscheidung Canal enthaltenen Affront, mit einer einschneidenden Reform des CE. Es kam aber nur zu einigen Änderungen der inneren Organisation, die allerdings auch Bedenken hervorriefen (38).

In der Entscheidung vom 19. Oktober 1962, Brocas (39), erklärte der CE incidenter einen weiteren Akt des Staatspräsidenten zum Regierungsakt;

(36) AJDA 1962 S. 626 Anm. Laubadère S. 612
(37) Siehe dazu AJDA 1963 S. 148 f.
(38) Siehe Drago, La réforme du CE. AJDA 1963 S. 524
(39) Rec. S. 553

das Dekret, durch das der Staatspräsident gemäß Art. 11 der Verfassung einen Gesetzentwurf der Volksabstimmung unterwirft. Jedoch ließ der CE den REP gegen die Dekrete zu, welche die Beteiligung der Parteien an der dem Referendum vorausgehenden Kampagne und das Verfahren der Volksabstimmung regelten.

bb) Die Gnadenakte

Auch sie wurden von der Rechtsprechung zunächst für unanfechtbar erklärt. So etwa in der Entscheidung des CE vom 30. Juni 1893, Gugel (40). Der Soldat Gugel focht einen Gnadenakt des Präsidenten an, durch den die gegen ihn verhängte Todesstrafe in zwanzigjährige Zwangsarbeit, verbunden mit Aufenthaltsverbot in Frankreich, umgewandelt wurde. Gugel begründete den REP damit, für seine Tat (Gewaltanwendung gegen Vorgesetzte im Dienst), sei nur die Todesstrafe oder die Verurteilung zu "öffentlichen Arbeiten" (travaux publics) angedroht, nicht aber Zwangsarbeit. Diese Strafe habe entehrenden Charakter und insoweit bedeute die Gnadenentscheidung eine Strafverschärfung. Der CE wies den REP als unzulässig ab, da die Akte des Staatsoberhauptes in Gnadensachen (Art. 3 § 2 des Verfassungsgesetzes vom 25. Februar 1875) nicht anfechtbar seien. Da der CE keine weitere Begründung gab, wurde die Gnadenentscheidung allgemein als Regierungsakt qualifiziert.
Nach der Entscheidung des CE vom 28. März 1947, Gombert (41), ist das nicht mehr möglich. Der CE begründete nun die Unzulässigkeit des REP damit, die Gnadenakte des Präsidenten gegenüber den durch die ordentlichen Gerichte Verurteilten seien keine Maßnahmen einer Verwaltungsbehörde. Man darf wohl hinzufügen: sondern Akte auf dem Gebiet der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Der Commissaire du Gouvernement Célier war für die Zulässigkeit des REP eingetreten.

Es ist zu beachten, daß in den beiden zitierten Entscheidungen nur die Gnadenakte des Staatsoberhauptes behandelt wurden. Hier handelt es sich noch um echte Ausnahmeentscheidungen. Die Gnade ist noch nicht "zur kleinen Münze verrechtlicht". Das scheint auch der wahre Grund für die Rechtsprechung des CE zu sein. Denn in der Entscheidung vom 22. November 1963, Dalmas de Polignac (42), erklärte er ausdrücklich, Dekrete zur Anwendung eines Amnestiegesetzes seien anfechtbare Verwaltungsakte (42a).

(40) S. 1895 III S. 41 Anm. Hauriou
(41) Rec. S. 138; S. 1947 III S. 89 Concl. Célier; RDP 1947 S. 58 Anm. Waline
(42) D. 1964 S. 161
(42a) Vgl. dazu oben B. I. 2.

cc) Akte in auswärtigen Angelegenheiten

Die Akte in auswärtigen Angelegenheiten, deren Nachprüfung die Rechtsprechung ablehnt, können in drei Gruppen gegliedert werden:
1. Akte, die mit völkerrechtlichen Verträgen in Beziehung stehen
2. Akte französischer Diplomaten im Ausland
3. Akte gegen Ausländer im Inland.
Unter 4. ist noch ein Sonderfall zu behandeln.

1. Akte, die sich auf völkerrechtliche Verträge beziehen

Unanfechtbar sind Akte, die das Zustandekommen eines Vertrages betreffen.
So weist der CE den REP ab, der sich gegen die Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages richtet. CE vom 5. Februar 1926, Caraco (43). Mme. Caraco focht ein Dekret des Präsidenten vom 28. Januar 1924 an. Durch dieses Dekret wurde zunächst ein Abkommen zwischen Frankreich und Tunis ratifiziert. Der CE hielt den REP insoweit für unzulässig, weil die Ratifikation des Abkommens "mit der Regierungsgewalt auf diplomatischem Gebiet verknüpft" sei (se rattache aux pouvoirs du Gouvernement en matière diplomatique). Das Dekret könne daher, soweit es die Ratifikation betreffe, seiner Natur nach nicht vor dem CE angefochten werden. Es enthalte aber auch noch andere Regelungen, die sich von dem Abkommen trennen ließen und darum Gegenstand eines streitigen Verfahrens sein könnten (siehe dazu weiter unten).

Unanfechtbar sind auch die Verträge selbst.
Ein Beispiel ist die Entscheidung des CE vom 5. August 1921, Goffart (44). Der französische Konsul in Tanger hatte auf den dort wohnenden Goffart Druck ausgeübt, um ihn zur Zahlung der städtischen Steuer (taxe urbaine) zu veranlassen. Diese Steuer beruhte auf einem völkerrechtlichen Abkommen und einer Verordnung, deren Inhalt zwischen einer marokkanischen Delegation und der diplomatischen Vertretung Frankreichs in Tanger vereinbart worden war. Goffart berief sich auf deren Ungültigkeit. Der CE wies den REP als unzulässig ab, da er die Legalität und Tragweite von Akten nicht nachprüfen dürfe, von denen einer ein internationales Abkommen und der andere nicht von einer französischen Verwaltungsbehörde erlassen worden sei.
(43) Rec. S. 125; D. 1927 III S. 1
(44) Rec. S. 831

Unanfechtbar ist grundsätzlich die Anwendung der Verträge.
CE vom 21. Januar 1927, Commune de Lanne (45):
Angefochten war ein Erlaß des Präfekten der Basses-Pyrénées gegenüber der Gemeinde, ergangen zur Ausführung eines völkerrechtlichen Schiedsspruches, der durch einen Vertrag zwischen Frankreich und Spanien bestätigt worden war. Der CE stellte fest, es stehe ihm nicht zu, einen Streit zu entscheiden, der den Sinn und die Tragweite eines diplomatischen Abkommens betreffe. Noch klarer CE vom 28. Mai 1937, Decerf (46). Decerf focht ein Dekret an, das seine Auslieferung an Belgien anordnete. Die Voraussetzungen für die Auslieferung waren in einem Vertrag zwischen Frankreich und Belgien gelegen. Der CE wies den REP als unzulässig ab mit der Begründung, es stehe ihm nicht zu, über die Anwendung eines Aktes (gemeint ist der völkerrechtliche Vertrag) zu erkennen, der die Beziehungen zwischen Frankreich und einer auswärtigen Macht berühre.
Dieser Grundsatz gilt auch heute noch. In der Entscheidung des Tribunal administratif von Paris vom 2. Mai 1956, Perret (47), ging es zwar nicht um einen REP, sondern um einen Schadenersatzprozeß. Aber das Gericht sagte ausdrücklich: "Es wird die Frage der Rechtmäßigkeit der Anwendung diplomatischer Verträge erhoben. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist nicht zuständig, über eine Frage dieser Art zu entscheiden."
Dieses Urteil wurde durch den CE vom 6. Januar 1961, (48) bestätigt.

Auslegung von Verträgen.
In all diesen Fällen stellte die Anwendung des völkerrechtlichen Vertrages zugleich eine Auslegung durch die dafür jeweils zuständige Behörde dar (49). Wo eine solche Auslegung noch fehlt, wird sie vom CE eingeholt. Im Zweifel sieht er das Außenministerium als zuständig an. Das Verfahren wird ausgesetzt, bis die Stellungnahme vorliegt. So in der Entscheidung des CE vom 26. Oktober 1934, Ministre des Travaux publics c/ Duhamel (50). Davon wird jedoch abgesehen, wenn die anzuwendende Bestimmung des Vertrages klar ist, "wenn die Bedeutung der Bestimmung eines internationalen Vertrages sich eindeutig aus der bloßen Lektüre des Textes ergibt und nicht bestritten ist" (51).

(45) Rec. S. 80
(46) S. 1937 III S. 73 Anm. Laroque
(47) Rec. S. 541
(48) Rec. S. 4
(49) Virally, Le CE et les traités internationaux. JCP 1953 I 1098
(50) Rec. S. 966; S. 1935 III S. 25 Anm. Laroque
(51) Virally a.a.O. II B

Beispiel: CE vom 30.Jan.1948, Lecanu (52). Der CE wandte einen französisch-amerikanischen Vertrag mit der Begründung an, die betreffende Bestimmung des Vertrages sei vollkommen klar.
Auch in einem Fall, der dem oben wiedergegebenen Fall Decerf sehr ähnlich ist, hat der CE einen völkerrechtlichen Vertrag angewendet: CE vom 30. Mai 1952, Kirkwood (53). Die Klägerin war an die USA ausgeliefert worden. Sie focht die Anordnung der Auslieferung an. Zwischen Frankreich und den USA bestand ein Auslieferungsabkommen. Der Commissaire du Gouvernement Letourneur stellte zunächst fest, diese Entscheidung sei nicht schon an sich ein Regierungsakt. Er trat weiter dafür ein, daß unter der Verfassung von 1946 die völkerrechtlichen Verträge vom Richter anzuwenden seien. Art. 26 der Verfassung von 1946 bestimmt:

> Die ordnungsgemäß ratifizierten und veröffentlichten diplomatischen Verträge haben Gesetzeskraft, selbst wenn sie französischen Gesetzen widersprechen sollten.

Letourneur meinte, nur im Falle der Unklarheit habe der Richter das Außenministerium zu konsultieren. Aber es bestand noch eine Schwierigkeit. Bevor die Verwaltung das Auslieferungsdekret erläßt, muß sie die Stellungnahme der Anklagekammer (chambre de mise en accusation) bei den Cours d'appel einholen. Wenn die Anklagekammer die Auslieferung ablehnt, so ist diese Entscheidung bindend. Erklärt sie aber die Auslieferung für zulässig, so kann die Verwaltung ausliefern, sie muß es aber nicht. Die Entscheidung dieser Kammer ist als acte judiciaire (54) nicht vor den Verwaltungsgerichten nachprüfbar. Der CE kann also nur noch kontrollieren, ob die Auslieferungsentscheidung der Form nach in Ordnung ist, nicht aber, ob sie dem Grunde nach rechtmäßig ist. So die Ausführungen des Commissaire du Gouvernement Letourneur, denen der CE in Ergebnis und Begründung folgte.

Die vom völkerrechtlichen Vertrag trennbaren Akte (actes détachables).
Der CE läßt die Anfechtung von Akten zu, die zwar in Ausführung eines völkerrechtlichen Vertrages ergehen, aber von ihm trennbar sind und rein innerstaatliche Bedeutung haben. Ein Beispiel dafür bietet die oben schon wiedergegebene Entscheidung Caraco, wo die Anfechtung eines Dekretes insoweit zugelassen wurde, als es nicht die Ratifizierung des völkerrechtlichen Abkommens betraf.

(52) Rec. S. 41
(53) S. 1953 III S. 33 Anm. Bouzat; RDP 1952 S. 794 Concl. Letourneur S. 784
(54) Siehe oben B. I. 2.

Typisch ist weiter die Entscheidung des CE vom 27. Juni 1924, Goldschmidt (55). Der Generalkommissar der Republik für Elsaß-Lothringen hatte einem Unternehmen das Recht auf bestimmte Bescheinigungen entzogen, die für die zollfreie Ausfuhr nach Deutschland gemäß Art. 68 des Versailler Vertrages notwendig waren. Dagegen richtete sich der REP des Inhabers des Unternehmens. Nach Art. 68 des Versailler Vertrages sollte die französische Regierung jedes Jahr die Art und Menge der Güter festsetzen, die zollfrei ausgeführt werden konnten. Der CE stellte fest, aus dieser Klausel ergebe sich, daß die Maßnahmen der französischen Regierung vom Vertrag selbst unabhängig und daher anfechtbar seien.

CE vom 16. Dezember 1955, Epoux Deltel (56): Aufgrund eines völkerrechtlichen Abkommens hatte die jugoslawische Regierung an die französische Regierung 15 Millionen Dollar als Entschädigung für die Enteignung der Güter französischer Staatsbürger in Jugoslawien bezahlt. Zur Verteilung dieser Summe auf die einzelnen Geschädigten wurde ein Ausschuß gebildet. Dessen Entscheidung fochten die Ehegatten Deltel an. Der Commissaire du Gouvernement Laurent qualifizierte sie als einen vom völkerrechtlichen Vertrag abtrennbaren Akt. Der CE folgte ihm und bezeichnete die Entscheidung als anfechtbaren Verwaltungsakt; er mußte sich aber für unzuständig erklären, weil ein Tribunal administratif in erster Instanz zuständig war.

2. Akte französischer Diplomaten im Ausland

Das Handeln französischer Diplomaten wird meist nicht direkt mit dem REP angefochten, sondern es gelangt auf andere Weise vor den CE. Jemand glaubt sich durch eine Amtspflichtverletzung eines Diplomaten geschädigt und verlangt vom Außenminister Schadenersatz. Dieser lehnt den Anspruch ausdrücklich oder stillschweigend ab. Gegen diese Entscheidung geht der Geschädigte mit dem REP vor, weil dies das einfachste und billigste Verfahren ist. Grundsätzlich läßt der CE den REP gegen die Ablehnung eines Anspruchs zu. Wenn er ihn in den folgenden Fällen als unzulässig abweist, dann wohl deshalb, weil er die schadenstiftende Handlung selbst als a.g. qualifiziert.

Im Fall Poujade, CE vom 23. Dezember 1904 (57), verlangten die Erben des Ehepaares Poujade deswegen Schadenersatz, weil der französische Konsul den Nachlaß pflichtwidrigerweise nicht selbst abgewickelt habe. Der

(55) Rec. S. 607

(56) D. 1956 S. 44 Concl. Laurent. Siehe oben B. I. 3.

(57) D. 1906 III S. 62

CE wies den REP als unzulässig ab, da die aufgeworfenen Fragen mit der Ausübung der souveränen Gewalt in den Beziehungen zu einer ausländischen Regierung verknüpft und daher nicht geeignet seien, im streitigen Verfahren vor den CE gebracht zu werden.
Mit derselben Formel wies der CE den REP des M. Bastide als unzulässig ab, CE vom 31. Mai 1918 (58). Bastide hatte Schadenersatz gefordert, weil er von den französischen Diplomaten nicht genügend unterstützt worden sei. Aus demselben Grund hatte Mlle Buttner einen Schadenersatzanspruch erhoben. Auch ihr REP wurde als unzulässig abgewiesen, CE vom 22. April 1953 (59). Im Fall Seurot, CE vom 24. Februar 1956 (60), ging der CE jedoch anders vor. Auch hier war wieder die Ablehnung eines Schadenersatzanspruches angefochten. Der Kläger war mit seiner Frau und seinem Sohn vom französischen Generalresidenten aus Tunesien ausgewiesen worden, und zwar aufgrund eines Ediktes aus dem Jahre 1778, das die französischen Konsuln ermächtigt, jeden Franzosen verhaften und nach Frankreich verschicken zu lassen, der durch sein Verhalten das Gemeinwohl gefährden könnte. Der CE prüfte die Rechtmäßigkeit der Maßnahme, insbesondere daraufhin, ob Unzuständigkeit oder Befugnismißbrauch gegeben wären. Ob diese Entscheidung eine Ausnahme ist oder ein Schritt zu einer weitergehenden Kontrolle des diplomatischen Handelns, ist noch nicht sicher. Weitere Entscheidungen müssen abgewartet werden.

3. Akte gegen Ausländer im Inland

Der CE erklärte zunächst den REP für unzulässig, wenn er sich gegen Maßnahmen richtete, die die Exekutive in Kriegszeiten gegen Ausländer gerichtet hatte, so in der Entscheidung vom 4. Januar 1918, du Graty (61). Auf Anordnung des Innenministers war du Graty, ein Belgier, interniert worden. Den REP dagegen erklärte der CE für unzulässig. Die Regierung habe die Aufgabe, das französische Territorium zu schützen und die Verteidigung zu sichern. Daraus ergebe sich die Befugnis, in Kriegszeiten gegenüber Fremden polizeiliche Maßnahmen zu ergreifen. Diese Maßnahmen seien nicht so geartet, daß sie mit dem REP angefochten werden könnten (61a).

Glücklicherweise hielt der CE an dieser Rechtsprechung nicht fest. In der Entscheidung vom 8. Februar 1939, Guéron (62), hatte er folgenden

(58) Bastide, Rec. S. 525
(59) Rec. S. 184
(60) Rec. S. 91
(61) Rec. S. 5
(61a) Vgl. auch noch die oben S. 116 zitierte Entsch. Decerf
(62) Guéron, D.H. 1939 S. 325

Fall zu beurteilen: Guéron focht den Akt an, durch den der Innenminister seine Ausweisung angeordnet hatte. Der CE ließ den REP ohne weiteres zu. Er prüfte insbesondere, ob der Innenminister nicht gegen die völkerrechtliche Konvention über den Status der Flüchtlinge verstoßen habe, wies dann den REP allerdings als unbegründet ab.
In der Entscheidung vom 21. Oktober 1949, Persager (63), prüfte er die Legalität der Ausweisung des Klägers, ebenfalls eines Ausländers, nach. Ebenso in der oben schon wiedergegebenen Entscheidung Kirkwood.

4. Ein Einzelfall

Die Entscheidung des Tribunal des conflits vom 2. Februar 1950, Radiodiffusion française (64), fällt auch innerhalb der so heterogenen Gruppe der a.g. aus dem Rahmen. Wenn man sie überhaupt einordnen kann, dann noch am ehesten bei den Akten in auswärtigen Angelegenheiten. Der Pyrenäenstaat Andorra, der zwei Suzeräne hat, nämlich den französichen Staatspräsidenten und den Bischof von Urgel (Spanien), nahm mit deren Erlaubnis den Betrieb einer Rundfunksendestation auf. Die Station sendete aber auf Wellenlängen, die durch internationale Abkommen anderen Staaten zugewiesen waren. Diese Staaten wandten sich mit Beschwerden an die französische Regierung. Daraufhin zog der französische Präsident seine Erlaubnis zum Betrieb des Senders zurück. Andorra stellte sich auf den Standpunkt, die Rücknahme müsse, wie die Erteilung, von beiden Suzeränen ausgehen und sendete also weiter. Daraufhin wies der französische Staatssekretär für das Informationswesen den Sender von Bordeaux an, die Sendungen der Andorraner zu stören. Dagegen wandte sich die andorranische Rundfunkgesellschaft an die ordentliche Gerichtsbarkeit in Frankreich. Die Verwaltung wandte ein, die ordentlichen Gerichte seien nicht zuständig. Der Tribunal des conflits entschied, die Maßnahme der Regierung unterliege ihrer Natur nach keiner gerichtlichen Kontrolle. Sie beziehe sich auf Sendungen einer Station, die nicht auf französischem Territorium liege, und einer doppelten Staatsgewalt unterworfen sei, die von der französischen verschieden sei. Diese Entscheidung wurde von namhaften Vertretern der Verwaltungsrechtslehre kritisiert (65). Rivero (66) ging so weit zu sagen, der Tribunal des conflits habe damit die Rechtsprechung in die Zeit der Krinolinen zurückversetzt. Auch der Commissaire du Gouvernement Odent hatte es in seinen

(63) Rec. S. 431
(64) Rec. S. 652; S. 1950 III S. 73 Concl. Odent; RDP 1950 S. 418 Concl. Odent Anm. Waline; JCP 1950 II 5542 Anm. Riverso
(65) z.B. Waline a.a.O.
(66) a.a.O.

Conclusions abgelehnt, den a.g. anzunehmen.
Zunächst ist eindeutig, daß eine französische Behörde gehandelt hat. Es wurde nicht etwa die Staatsgewalt über Andorra ausgeübt. Denn erstens könnte das nur der Präsident, und zweitens könnte auch er als Suzerän von Andorra keine Anweisungen an den Sender von Bordeaux richten. Die Maßnahme erging auch nicht in den internationalen Beziehungen Frankreichs zu einer ausländischen Macht, wie die Formel des CE gewöhnlich lautet. Sie erging auf französischem Gebiet und richtete sich gegen die privatrechtliche andorranische Rundfunkgesellschaft. Auch um eine Maßnahme zur Ausführung eines völkerrechtlichen Vertrages handelt es sich nicht, denn das Abkommen über die Verteilung der Wellenlängen - an dem Andorra übrigens nicht beteiligt ist - verpflichtet nicht dazu, Störungen zu unterbinden. Man wird mit Rivero sagen müssen: Die Entscheidung ist nur so zu erklären, daß der Tribunal des conflits die längst totgeglaubte Theorie vom "mobile politique" wiederaufgenommen hat. Denn um eine hochpolitische Angelegenheit handelt es sich hier. Sie hat auch die Nationalversammlung beschäftigt. Die Entscheidung ist aber ein Einzelfall geblieben, "ein Unfall", wie Rivero hofft. Man tut daher gut daran, sie nicht zu berücksichtigen, wenn man ein System der a.g. aufstellt. Dieses System würde, wenn man die Entscheidung darin unterbringen wollte, zu weit und damit unklar und nichtssagend werden.

II. Lehrmeinungen zum a.g.

Es wurden verschiedene Versuche unternommen, die Rechtsprechung zum a.g. zu erfassen, zu erklären und in ein System zu bringen.

a) Die Lehre von Alibert

Alibert (67) meint, dem CE und dem Tribunal des conflits stehe es zu, eine Liste von unanfechtbaren a.g. aufzustellen. Sie seien dabei frei und durch keine Regel gebunden. Alibert scheint zu wünschen, daß sich die Gerichte dabei von politischen und von Zweckmäßigkeitserwägungen leiten lassen. "Diese Wiederauferstehung der Staatsraison in unserem öffentlichen Recht ist legitim in dem Maße, in dem sie sich Allem entgegenstellt, was die Existenz des Staates oder das Wohl der Nation gefährden könnte. Sie wäre nicht gerechtfertigt, wenn sie dazu dienen würde, die Nachlässigkeiten und Irrtümer der Verwaltung zu verdecken oder wenn sie ein bequemes Mittel

(67) Le controle S. 70 ff.

würde, um eine Rechtsverweigerung durch die Deklamation eines Grundsatzes zu verschleiern." (67a)

Aber eben deswegen muß die Rechtsprechung an feste Grundregeln gebunden sein. Diese bestehen auch. Die ordonnance vom 31. Juli 1945, modifiziert durch die Dekrete vom 30. September und vom 28. November 1953, erklärt alle Akte von Verwaltungsbehörden für anfechtbar. Davon darf der Richter nicht abweichen, nur weil er es für zweckmäßig hält. Übrigens könnte Alibert mit seiner Lehre durchaus nicht alle a.g. erklären. Ist der Bestand des Staates gefährdet, wenn Wahlentscheidungen angefochten werden können, wenn der Staat für die Fehler von Diplomaten haftet oder wenn Gnadenentscheidungen nachgeprüft werden ?

Die globale Betrachtung aller a.g. ist verfehlt. Schon ihre Zusammenfassung unter einer Bezeichnung - die außerdem dazu verführt, an staatsleitende Verfügungen zu denken, um die es sich durchaus nicht immer handelt - ist gefährlich.

b) Die Lehre von Chapus

Der Gefahr, zu sehr zu verallgemeinern, ist auch Chapus erlegen (68). Er lehrt, daß es eine von der Verwaltung unterschiedene Regierungsfunktion gebe, deren Akte unanfechtbar sind. Er gibt zu, daß die Abgrenzung von der Verwaltung schwierig ist. Aber er meint, gerade die Rechtsprechung zu den a.g. gebe dafür Anhaltspunkte. Er hält die Unanfechtbarkeit der a.g. für richtig: "Wenn die a.g. außerhalb des Gesetzes sind, so sind sie es mit gutem Recht."

Dagegen ist zu sagen: Wenn es darum geht, die Rechtsprechung zu den a.g. dadurch zu erklären, daß man sie auf eine besondere Staatsfunktion zurückführt, so müßte es gelingen, diese zu definieren. Dazu müßte nachgewiesen werden, daß die a.g. tatsächlich in Ausübung dieser Funktion ergangen sind. Wenn man sagt, die a.g. seien deshalb unanfechtbar, weil sie zur Regierungsfunktion gehörten, und wenn man die Regierungsfunktion danach bestimmt, welche Akte von der Rechtsprechung als unanfechtbar qualifiziert werden, so ist das ein offensichtlicher Zirkelschluß. Ob es wirklich eine besondere Regierungsfunktion gibt, kann dahingestellt bleiben. Zur Erklärung der Rechtsprechung ist sie jedenfalls nicht geeignet.

Denn diese qualifiziert durchaus nicht nur staatsleitende Verfügungen oder

(67a) a.a.O. S. 72

(68) L'acte de gouvernement, monstre ou victime ?
D. 1958 Chron. S. 5

politische Grundentscheidungen als a.g., sondern auch Akte im Wahlverfahren und Akte französischer Diplomaten.

c) Die Lehre von René Capitant

Capitant sieht den Unterschied zwischen Regierungsakten und Verwaltungsakten darin, daß nur die letzteren zur Ausführung von Gesetzen ergingen, während bei den ersteren die Regierung an der Gesetzgebungsfunktion teilnehme durch Mitwirkung an der Arbeit des Parlaments und durch den Abschluß von völkerrechtlichen Verträgen. Aber das trifft nur für einen Teil der von der Rechtsprechung als unanfechtbar erklärten Akte zu. Capitant zitiert nur diese Fälle. Die Akte im Wahlverfahren und die Maßnahmen gegen Ausländer werden nicht erfaßt. Auch die für unanfechtbar erklärten Akte in den Beziehungen zu ausländischen Staaten betreffen nicht nur den Abschluß von Verträgen. Schließlich ergehen auch die "règlements autonomes", vor allem die Verordnungen im Rahmen des Art. 37 der Verfassung, nicht zur Ausführung von Gesetzen und stellen doch materiell Gesetzgebung dar. Trotzdem denkt niemand daran, sie als Regierungsakte zu qualifizieren.

d) Die Lehre von Duez

Duez ist, insbesondere in seiner großen Monographie (70) skeptischer gegenüber den a.g. Er nennt sie einen Flecken im Rechtsstaat (70a), den es zu beseitigen gelte. Für ihre Erklärung reiche die juristische Analyse nicht aus. Sie seien aus politischen Gründen der Nachprüfung entzogen. Als solche nennt er: Die Erfordernisse der Staatsraison; die Ungeeignetheit des Richters zur Ausübung der Kontrolle; das Interesse des Staates, gewisse besonders wichtige Akte der gerichtlichen Nachprüfung zu entziehen; die Notwendigkeit, die Autonomie der Exekutive zu verstärken. Duez zeigt einen Weg (71), um die a.g. nach und nach abzubauen. An die Stelle der Unzulässigkeit der Anfechtung solle eine Erweiterung des Ermessensbereiches treten. Duez hat Alibert voraus, daß er die Gefahren des a.g. sieht und einen Ausweg zeigt. Außerdem geben die verschiedenen politischen Gründe, die er anführt, wertvolle Hinweise zur Erklärung der a.g.

(69) De la notion des actes de gouvernement. In: Mélanges Julliot de la Morandière. S. 99

(70) Les actes de gouvernement. Paris 1935

(70a) a.a.O. S. 13

(71) a.a.O. S. 193 ff.

e) Die Meinung von Puisoye

Puisoye (72) will zunächst die Maßnahmen auf der Ebene der Verfassung - Akte im Gesetzgebungsverfahren und aufgrund des Art. 16 - vom Begriff des a.g. ausschließen. Diese gehören nach seiner Ansicht von vornherein nicht zur Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte. In den übrigen Fällen will er eine auf die "théorie du risque" (eine Art Gefährdungshaftung) gestützte Schadenersatzklage zulassen, um die Folgen dieser Maßnahmen für den Betroffenen auszugleichen. Das hat für einen Teil der Maßnahmen auf dem Gebiet der auswärtigen Gewalt sicher seinen guten Sinn. Aber ein Beitrag zur Erklärung der a.g. wird damit nicht geliefert.

f) Die Theorie vom "zusammengesetzten Akt" (théorie de l'acte mixte)

Diese Theorie wurde begründet vom Commissaire du Gouvernement Célier in den Conclusions zur Entscheidung des CE vom 28. März 1947, Gombert (73), und übernommen von Mignon (74) und Odent (75). Célier meint, der a.g. werde nicht dadurch bestimmt, daß er politischen Charakter habe. Charakteristisch sei vielmehr, daß er durch die Exekutive erlassen werde in den Beziehungen zu einer Gewalt (autorité), die nicht der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt. Der a.g. sei von gemischter Natur und der CE, der aus der Exekutive hervorgegangen sei, könne nicht über eine Regelung entscheiden, an deren Erlaß die Exekutive nicht allein beteiligt sei. Diese Lage ergibt sich in zwei Fällen:

1. Bei den Akten in den Beziehungen zwischen Regierung und Parlament. Sie sind unanfechtbar, weil es dem Richter nicht zusteht, über eine Entscheidung zu urteilen, über die das Parlament selbst befindet, z.B. über Wahlentscheidungen.
2. Bei den Akten in den Beziehungen zu einer auswärtigen Macht. Die Unzulässigkeit der Anfechtung ist nur gegeben, wenn der CE über eine Frage zu entscheiden hätte, die nicht ausschließlich die französische Regierung betrifft und für die eine beteiligte auswärtige Macht eine andere Rechtsmeinung vertreten könnte.

---

(72) Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement. AJDA 1965 S. 211

(73) S. 1947 III S. 89

(74) Une emprise nouvelle du principe de légalité: Les actes de gouvernement. D. 1951 Chron. S. 73

(75) Bd. 1 S. 155 ff.

Die Vertreter dieser Theorie sind auf dem richtigen Wege, weil sie innerhalb der a.g. differenzieren. Allerdings ist die Erfassung der beiden Gruppen noch etwas unscharf. Die a.g. unter der V. Republik konnten vom Vater dieser Theorie, Célier, nicht berücksichtigt werden und sind heute schwer einzuordnen.

g) Die Lehre von Eisenmann

Eisenmann (76) geht von der rechtsschöpferischen Gewalt des Richters aus. Was die Rechtsprechung nicht als Verwaltungsakt qualifiziere, sei nicht anfechtbar.
Aber die Frage ist ja gerade, warum in diesen Fällen kein anfechtbarer Verwaltungsakt gegeben ist. Das zu erforschen gehört zu den Aufgaben der Rechtswissenschaft, die darum auch die Rechtsprechung kritisieren kann.

h) Die Lehre von Virally

Virally (77) versucht, bei den a.g. von Fall zu Fall, von Fallgruppe zu Fallgruppe die juristischen Kriterien herauszufinden, die sie von den anfechtbaren Verwaltungsakten unterscheiden. Das ist ihm weitgehend gelungen. Er hat damit der Rechtssicherheit einen großen Dienst geleistet. Denn nun ist in den meisten Fällen vorhersehbar, ob das zuständige Verwaltungsgericht den REP zulassen wird oder nicht. Gleichzeitig wird der Rechtsprechung deutlich gemacht, wann sie zu einer Ausdehnung und wann sie zu einer Einschränkung des Kontrollbereichs schreitet. Es ist zu erwarten, daß sich die Rechtsprechung, vor die Wahl gestellt, nur in ganz seltenen Ausnahmefällen zu einer Verengung des Kontrollbereichs entschließen wird. Allerdings vernachlässigt Virally manchmal die wahren Beweggründe, die den Richter veranlassen, den REP als unzulässig zu verwerfen. Auch das gehört aber zum Verständnis der Rechtsprechung.

---

(76) Gerichtsfreie Hoheitsakte im französischen Recht.
Jb. d. öff. R. N.F. Bd. 2 1953 S. 1

(77) L'introuvable acte de gouvernement. RDP 1952 S. 317

III. Versuch einer Erklärung der Rechtsprechung und Vergleich mit dem deutschen Recht

Im folgenden sollen die einzelnen Fallgruppen geprüft, die von Virally gefundenen juristischen Kriterien angeführt, die eventuell vorhandenen besonderen Gründe der Rechtsprechung dargestellt und endlich untersucht werden, ob die entsprechenden Akte im deutschen Recht vor den Verwaltungsgerichten anfechtbar sind oder nicht.

a) Akte in der Beziehung Exekutive - Legislative

aa) Akte im Gesetzgebungsverfahren

Virally (78) sieht den Grund für die Unanfechtbarkeit darin, daß die Akte der Exekutive in Beziehung zum Parlament nur der politischen Kontrolle durch das Parlament unterliegen, neben der für eine gerichtliche Prüfung kein Raum ist. Wenn sich die Verwaltungsrechtsprechung in diese verfassungsrechtlichen Beziehungen einmische, so überschreite sie ihre Zuständigkeit. Die Haltung der Rechtsprechung ist zu erklären aus ihrer Einstellung gegenüber Gesetz und gesetzgebender Gewalt. Das Gesetz gilt als Ausdruck der Souveränität, die dem Volk zusteht, als "Ausfluß des allgemeinen Willens" (émanation de la volonté générale), sei es direkt bei den durch Referendum angenommenen Gesetzen, sei es indirekt bei den Gesetzen, die durch das Parlament beschlossen werden. Darum ist der Richter dem Gesetz unbedingt unterworfen. Alles, was das Gesetz als oberste Norm antasten könnte, wird abgelehnt. Darum kontrolliert der Richter auch das Gesetzgebungsverfahren nicht. Diese Kontrolle könnte ja dazu führen, daß Zweifel an der Gültigkeit des Gesetzes entstehen (79). Im deutschen Recht ist in diesen Fällen schon der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben, da es sich um Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art handelt.

bb) Akte im Wahlverfahren

Virally sagt dazu, der Richter lasse sich hier von den Grundsätzen der Gewaltenteilung leiten. Das ist ein schwaches Argument. Es gibt aber einen besseren, auch rechtlichen Grund. Durch die Verfassungen wurde entweder die gewählte Körperschaft selbst (Art. 8 der Verfassung von 1946) oder der Conseil Constitutionnel (Art. 58 und 59 der Verfassung von 1958) zur Wahlprüfung für zuständig

(78) a.a.O. S. 332

(79) Siehe dazu oben B. I. 4.

erklärt. Es ist vertretbar, daß die Verwaltungsrechtsprechung die Zuständigkeit dieser Organe weit auslegt und ihre eigene Zuständigkeit eng begrenzt. Allerdings war es, jedenfalls unter der IV. Republik, nicht richtig, die Unzulässigkeit des REP damit zu begründen, daß ein "recours parallèle" zum Parlament gegeben sei (80). Denn ein paralleler Rechtsbehelf schließt den REP nur dann aus, wenn er denselben Schutz gewährt wie dieser, wenn also ein Richter über ihn entscheidet und wenn er zur Aufhebung des angefochtenen Aktes führen kann (81). Ob die Wahlprüfung durch den Conseil Constitutionnel einen solchen recours parallèle darstellt, ist ebenfalls zweifelhaft. Es ist nicht klar, ob der Conseil Constitutionnel ein echtes Gericht ist. Aber das Argument aus Art. 58 und 59 der Verfassung genügt jedenfalls, um den REP unzulässig zu machen.
Auch diese Rechtsprechung ist wieder ein Zeichen für die Scheu vor den Gesetzgebungsorganen, die, weil unmittelbar aus dem Volk hervorgegangen und dazu berufen, dessen Willen in Gesetze zu fassen, politisch am stärksten sind. So war es jedenfalls bis 1958. Der CE wollte nicht riskieren, einen Widerspruch zwischen seiner Rechtsprechung und den Beschlüssen des Parlaments entstehen zu lassen. Er befürchtete - wohl mit Recht - in einem solchen Fall den kürzeren zu ziehen und dadurch an Ansehen zu verlieren. Darum erklärte er sich auch für unzuständig zur Entscheidung von Fragen, die dem Parlament nur incidenter vorgelegt werden konnten. Hätte nämlich der CE einen zur Vorbereitung der Wahlen nötigen Akt annulliert, hätte aber das Parlament die gesamte Wahl für ordnungsgemäß erklärt, so wäre ein Widerspruch entstanden.

Der CE sah keinen Anlaß, die von ihm verfolgte Linie aufzugeben, als die Zuständigkeit zur Wahlprüfung 1958 auf den Conseil Constitutionnel übertragen wurde. Schließlich bietet dieser eine bessere Gewähr für eine objektive Prüfung als das Parlament, dessen Mehrheit ein starkes Interesse daran haben kann, Neuwahlen auch dann zu verhindern, wenn Unregelmäßigkeiten vorgekommen sind.
Auch nach deutschem Recht ist die Anfechtung von Akten des Wahlverfahrens vor den Verwaltungsgerichten unzulässig, Art. 41 GG, § 1 ff. Wahlprüfungsgesetz, § 50 Bundeswahlgesetz. Der Verwaltungsrechtsweg ist auch schon deshalb nicht gegeben, weil es sich um "verfassungsrechtliche Hilfstätigkeiten" (Otto Mayer) handelt, also um Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art (82). Die Unanfechtbarkeit dieser Akte vor den Verwaltungsgerichten widerspricht auch nicht dem Grundgesetz.

(80) Siehe dazu unten B. III. 1.
(81) Siehe auch Salomon, a.a.O. S. 619
(82) Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Anm. 64

Das hat das BVerfG (83) festgestellt und überzeugend begründet. Eine Wahl lasse sich nur gleichzeitig und termingerecht durchführen, wenn die Rechtskontrolle der Einzelentscheidungen während des Wahlablaufes begrenzt und einem nach der Wahl stattfindenden Wahlprüfungsverfahren vorbehalten bleibe. Dieser Gedanke mag auch ein Grund für die Haltung des CE sein. Entscheidend ist er aber wohl nicht, da der REP keine aufschiebende Wirkung hat und deshalb die Wahl nicht verzögert.

cc) a.g. unter der Verfassung der V. Republik

Die Entscheidung des Präsidenten, von Art. 16 der Verfassung Gebrauch zu machen, läßt sich in der Tat in der Kategorie "Akte in der Beziehung Exekutive - Parlament" einordnen, denn durch sie zieht ein Organ der Exekutive Kompetenzen des Parlaments an sich. So argumentierte auch der Commissaire du Gouvernement Henry in den Conclusions zur Entscheidung des CE vom 2. März 1962, Rubin de Servens (84). Aber das ist nicht das einzige Argument für die Unanfechtbarkeit. Das System der Verfassung spricht dafür, daß dem Präsidenten - nach den vorgeschriebenen Konsultationen - allein die letzte Entscheidung über die Anwendung des Art. 16 zustehen solle (85). Art. 5 macht den Präsidenten zum "Hüter der Verfassung" und zum obersten Schiedsrichter zwischen den anderen Staatsorganen (86). Auch die Entwicklung der Verfassungspraxis spricht dafür (87). Schließlich stellt Henry noch ganz nüchtern fest, eine nachträgliche Kontrolle über die Entscheidung des Staatspräsidenten, Art. 16 anzuwenden, habe keinen großen Sinn. Waren die Voraussetzungen des Art. 16 gegeben, so ist die Kontrolle unnütz. Waren sie nicht gegeben, und hat das Parlament, das in diesem Fall sofort zusammentritt (Art. 16 Abs. 4), nichts gegen den Präsidenten unternehmen können oder wollen, so handelt es sich um einen gelungenen Staatsstreich, auf den die Rechtsprechung keinen Einfluß mehr hat.
Zur Nachprüfung der Maßnahmen, die der Präsident dann in Anwendung der Befugnisse des Art. 16 trifft, wurde zunächst in der Rechtslehre die Auffassung vertreten, es handele sich keinesfalls um Verwaltungsakte, sondern "um eine selbständige Kategorie souveräner Akte" (88), um Akte sui generis (89), die nicht vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden könnten. Die Rechtsprechung ist dieser Ansicht gefolgt, soweit die Maßnahmen

(83) BVerfG NJW 1962 S. 1435
(84) RDP 1962 S. 294
(85) Dafür auch
Lamarque, La théorie de la nécessité et l'art. 16 de la Constitution
Fortsetzg. siehe Seite 104, unten

auf einem Gebiet ergehen, das durch Art. 34 der Verfassung dem Gesetz vorbehalten ist. In der Tat wäre jede andere Haltung mit dem Sinn des Art. 16 kaum vereinbar. Dieser will eben eine "verfassungsmäßige Diktatur" (90) einrichten. Die gerichtliche Nachprüfung ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn man Art. 16 als einen Anwendungsfall der Theorie der "circonstances exceptionnelles" ansehen würde. Nach dieser von der Rechtsprechung geschaffenen Theorie darf die Exekutive vom Gesetz abweichen, wenn es die Umstände dringend erfordern. Gleichwohl handelt sie dabei doch nicht als Gesetzgebungsorgan, sondern bleibt im Prinzip der Gesetzgebung unterworfen. Ihre Akte bleiben Verwaltungsakte. Die Anwendung dieser Theorie auf Art. 16 entspricht aber nicht der Stellung, die die Verfassung von 1958 dem Präsidenten gibt. Dieser steht neben dem Parlament, nicht unter ihm. In der Ausübung der Befugnisse des Art. 16, der nur die Folgerung aus Art. 5 ist, handelt der Präsident nicht als dem Parlament untergeordnetes Regierungsorgan, sondern als autonomes politisches Organ. Er übt die Gesetzgebungsgewalt direkt und im eigenen Namen aus (91). Außerdem pflegt die Rechtsprechung, wenn sie die Theorie der circonstances exceptionnelles anwendet, nachzuprüfen, ob solche Ausnahmssituationen wirklich vorgelegen haben. Diese Kontrolle ist aber bei Art. 16 unmöglich. Der CE hat sich die Kontrollbefugnis vorbehalten, soweit der Präsident auf dem durch Art. 37 der Verordnungsgewalt zugewiesenen Sektor Entscheidungen trifft. Er hat damit die kontrollfreundlichste Lösung gewählt, die eben möglich war und "wenigstens die Möbel gerettet", wie sich Lamarque (92) ausdrückt. Aber große Bedeutung hat dieser Vorbehalt wohl nicht.

Fortsetzg. der Fußnote (85) von Seite 103:
de 1958. RDP 1961 S. 558 Zitat S. 572
Ders.: Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'art. 16 JCP 1962 I 1711

(86) Art. 5 Abs. 1 der Verfassung:
Der Präsident der Republik wacht über die Einhaltung der Verfassung. Er sichert durch seinen Schiedsspruch das ordnungsgemäße Funktionieren der öffentlichen Gewalten sowie die Kontinuität des Staates.
Abs. 2:
Er ist der Garant der nationalen Unabhängigkeit, der Unantastbarkeit des Staatsgebietes, der Beachtung der Abkommen der Communauté und der völkerrechtlichen Verträge.

(87) Über die Entwicklung des Präsidenten zum stärksten Verfassungsorgan siehe Burdeau, Droit constitutionnel S. 432 - 436

(88) Rivero, Droit administratif S. 63 f.

(89) Vedel, D.A. S. 26 f. (90) Prélot, Droit constitutionnel S. 656 f.

(91) Lamarque, JCP 1962 I 1711, I A 1a (92) a.a.O. I B 1b

Denn an welchem Maßstab will der CE diese Maßnahmen messen ? Wenn gegen ein Gesetz verstoßen wurde, dann hat der Präsident eben auf dem Gebiet der Gesetzgebung gehandelt und damit ist seine Entscheidung nicht anfechtbar. Es bleiben nur die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Prüfungsmaßstab.
Die Akte des Staatspräsidenten nach Art. 16 sind nur im System der Verfassung von 1958 zu begreifen. Irgendwelche Parallelen zum geltenden deutschen Recht zu ziehen, ist daher nicht möglich. Das Gleiche gilt für die Ermächtigung des Staatspräsidenten durch ein durch Referendum angenommenes Gesetz (Fall Canal) und für die Modalitäten der Volksabstimmung (Fall Brocas).

b) Gnadenentscheidungen (siehe dazu B I 2 § 5, oben S. 42 ff.)

c) Akte in auswärtigen Angelegenheiten

aa) Akte, die sich auf völkerrechtliche Verträge beziehen

Für den CE haben die völkerrechtlichen Verträge einen doppelten Charakter (93). Sie sind zunächst internationale Rechtsgeschäfte, welche die Beziehungen Frankreichs zu anderen Völkerrechtssubjekten regeln. Insoweit hält sich der CE für nicht befugt zur Kontrolle. Abschluß und Ratifikation des Vertrages, Auslegung und grundsätzlich auch Ausführung des Vertrages sind, da sie den völkerrechtlichen Aspekt betreffen, nicht nachprüfbar.
Die internationalen Verträge haben aber auch noch eine andere Bedeutung: sie sind innerstaatliche Rechtsquellen. Als solche wendet sie der CE ohne weiteres an, wenn ihre Bestimmungen klar sind. Denn dann wird kein völkerrechtliches Problem aufgeworfen. Rein innerstaatlicher Natur sind auch die Maßnahmen, die zwar mittelbar auf dem Vertrag beruhen, aber von ihm trennbar sind, und ihm gegenüber selbständige Bedeutung haben, in der Regel deswegen, weil der Vertrag selbst die Regelung der betreffenden Fragen einem der Vertragspartner überläßt. Der CE hält sich nur für kompetent - im doppelten Sinne des Wortes - innerstaatliches Recht anzuwenden. Da er die Gründe für den Abschluß des Vertrages und die Entstehungsgeschichte nicht kennt, glaubt er, ihn auch nicht beurteilen zu können. Er befürchtet, den französischen Staat vertragsbrüchig zu machen, wenn er die Ratifikation des Vertrages annulliert oder auch, wenn er der Exekutive

(93) Hierzu und zum folgenden Virally, JCP 1953 I 1098 und RDP 1952 S. 342 ff.

seine eigene Interpretation des Vertrages aufdrängt.
Die Rechtsprechung des CE überzeugt nur, soweit es um das Zustandekommen des Vertrages und um seinen Bestand geht. Die Entscheidung eines Verwaltungsgerichts kann keinen nach Völkerrecht wirksamen Vertrag beseitigen. Für das deutsche Recht ist die Lage insoweit klar. Der Abschluß eines völkerrechtlichen Vertrages ist kein Verwaltungsakt, sondern er geschieht, vom innerstaatlichen Recht aus betrachtet, in Ausübung verfassungsrechtlicher Kompetenzen. Die Verträge selbst können nur vor innerstaatliche Gerichte gebracht werden, wenn sie in das innerstaatliche Recht inkorporiert wurden. Soweit das durch Gesetz geschieht, kommt nur die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit in Frage (94). Verwaltungs- und Regierungsabkommen müssen, soweit sie Rechtsnormen enthalten, durch Verordnungen innerstaatlich verbindlich gemacht werden (95). Soweit diese Verordnungen durch die Landesregierungen erlassen werden, dürfte gegen sie das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO zulässig sein. Es ist nicht einzusehen, warum die in Ausführung oder Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrages ergangenen Verwaltungsakte nicht anfechtbar sein sollen, selbst wenn sie eine Interpretation des Vertrages enthalten. Der Richter ist, wenn er sich die notwendigen Informationen verschafft hat, genauso "kompetent" für die Auslegung wie die Exekutive. Er kann auch die Stellungnahme der Regierung einholen; wenn er sich aber daran gebunden glaubt, so besteht die Gefahr, daß sich die Exekutive zu Unrecht auf einen völkerrechtlichen Vertrag beruft, um sich der Kontrolle durch die Gerichte zu entziehen. Die deutsche Rechtsprechung prüft ohne weiteres auch Akte nach, die zur Ausführung eines internationalen Vertrages ergehen und wendet solche Abkommen an, wenn sie in das deutsche Recht transformiert sind (96).

bb) Die Akte französischer Diplomaten im Ausland

Die Zurückhaltung der französischen Rechtsprechung scheint von dem Bestreben bestimmt zu sein, der französischen Diplomatie in ihren Beziehungen zu den ausländischen Staaten keinerlei Hindernisse zu bereiten und ihre Handlungsfähigkeit nicht zu beschränken. Dieses im Grunde berechtigte Ziel könnte aber auch dadurch erreicht werden, daß die Anfechtung der Akte zugelassen, den Diplomaten jedoch ein weites Ermessen eingeräumt wird. Da die gesetzlichen Vorschriften auf diesem Gebiet nicht sehr zahlreich sind,

(94) Über deren Zulässigkeit siehe die Meinungen bei v. Mangoldt-Klein, GG Art. 59 Anm. IV e; dafür Maunz-Dürig, GG Anm. 23 zu Art. 59

(95) Partsch, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht. Bericht der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht. Heft 6 Karlsruhe 1964 S. 154

liegt diese Lösung besonders nahe.
Im deutschen Recht sind keine Gründe ersichtlich, warum solche Akte nicht anfechtbar sein sollten, soweit sie die Definition des Verwaltungsaktes erfüllen (97). Einen Hinweis gibt noch § 50 Abs. 1 Ziffer 3 VwGO. Die Ablehnung einer Schadenersatzforderung ist allerdings kein Verwaltungsakt. Über Schadenersatzansprüche wegen Amtspflichtverletzung entscheiden die ordentlichen Gerichte, § 839 BGB, Art. 34 GG. Der Gedanke, der hier die Rechtsprechung des CE bestimmt, - Beschränkung der Haftung der Diplomaten, um ihre Entscheidungsfreudigkeit nicht zu lähmen - ist aber in § 5 Satz 2 des Gesetzes vom 22. Mai 1910 über die Haftung des Reiches für seine Beamten zum Ausdruck gekommen. Diese Vorschrift ist jedoch mit Art. 34 GG kaum vereinbar.

cc) Akte gegen Ausländer im Inland

Sie werden nunmehr von der französischen wie von der deutschen Rechtsprechung mit Recht als anfechtbare Verwaltungsakte angesehen. Vgl. auch § 23 Abs. 1 Ziffer 2 des Gesetzes über die Rechtstellung heimatloser Ausländer. Die gerichtliche Kontrolle ist hier besonders notwendig, da es sich zum Teil um sehr harte Eingriffe in die Sphäre des Betroffenen handelt, so z.B. bei der Ausweisung. Allerdings ist ein gewisser Ermessensbereich für die Verwaltung hier unerläßlich.

d) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzustellen, daß die von der französischen Rechtsprechung für unanfechtbar erklärten und von der französischen Wissenschaft als a.g. bezeichneten Akte der Exekutive nicht auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden können. Ein Teil dieser Akte kann juristisch viel schärfer erfaßt werden als mit so allgemeinen Formeln wie "Ausfluß der Regierungsgewalt", "besondere politische Bedeutung" und "staatsleitende Grundentscheidungen". Die anderen Akte sollten der richterlichen Nachprüfung unterworfen werden.
Soweit die französische Rechtsprechung ihre Zuständigkeit mit Recht verneint, ist auch im deutschen Recht die Anfechtung nicht zulässig. Es fehlt

(96) BGH Z Bd. 34 S. 349 ff. hält die Verwaltungsgerichte auch für die Beurteilung von rein völkerrechtlichen Rechtsverhältnissen für zuständig. Dagegen Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. III zu § 40 VwGO S. 90,

(97) Für die Anfechtbarkeit Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 265. Dafür anscheinend auch - wenn auch nur in einem obiter dictum - BVerwG DVBl. 1955 S. 326 f.

entweder an der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs - soweit es sich um verfassungsrechtliche Streitigkeiten handelt - oder es liegt - nach der herkömmlichen Definition - kein Verwaltungsakt vor. Diese Klagevoraussetzungen stellen also ein durchaus ausreichendes Sieb dar, durch das nur solche Akte passieren können, deren richterliche Kontrolle möglich und nötig ist. Ein Akt, der dieses Hindernis überwunden hat, kann und muß durch die Verwaltungsgerichte nachgeprüft werden, selbst wenn er aus politischen Gründen ergangen oder sonst von politischer Bedeutung ist.

6. § 9. Beeinträchtigende Natur des Aktes

I. Allgemeines

Die Rechtsprechung läßt den REP nur gegen solche Akte der Verwaltung zu, die einen "grief" hervorrufen. Grief heißt in diesem Zusammenhang: Beeinträchtigung, schädliche Wirkung. Der CE spricht von "acte qui fait grief" (1) oder von "décision faisant grief (2 und 3). Das soll übersetzt werden: Beeinträchtigender Akt oder beeinträchtigende Entscheidung. Der CE gebraucht diese Formeln nur, um vorbereitende Akte, bloße Stellungnahmen, Meinungsänderungen und Auskünfte der Verwaltung sowie innerdienstliche Weisungen und andere Maßnahmen der inneren Ordnung von den "echten Entscheidungen" abzugrenzen, die mit dem REP angefochten werden können. Es wird gefordert, daß der Akt unmittelbar nachteilige rechtliche Wirkungen hervorzurufen geeignet ist. Aber der CE verwendet das Wort "grief" in diesen Fällen nicht immer. Oft beschränkt er sich darauf, es handle sich nicht um eine Entscheidung, die mit dem REP angefochten werden könne (4).
Auch in der Rechtslehre wurde versucht, den Verwaltungsakt mit direkten rechtlichen Wirkungen von den anderen Akten der Verwaltung abzugrenzen. Hauriou (5) hat dafür den Begriff der "décision exécutoire" geprägt. Er verstand darunter eine "auf eine Verwaltungshandlung bezogene Willenserklärung, die eine rechtliche Wirkung auf gewisse Personen hervorbringen soll, und die von einer Verwaltungsbehörde .... in vollziehbarer Form ... ausgesprochen wird." Unter "vollziehbarer Form" verstand Hauriou, daß die rechtliche Wirkung schon mit Erlaß dieses Aktes eintritt und daß nicht noch ein weiteres Element hinzukommen muß. Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Verwaltung dann zur Ersatzvornahme (exécution d'office) (6) oder zur Anwendung von Gewalt schreiten.

Die Definition von Rolland ist noch klarer (7): "Die vollziehbare Entscheidung ist eine einseitige Willenserklärung eines Beamten, die eine

---

(1) CE vom 20. April 1951, Guazelli, Rec. S. 208
(2) CE vom 16. November 1960, Ministre de la Santé publique, Rec. S. 631
(3) CE vom 5. Mai 1961, Ruais, Rec. S. 299
(4) Siehe z.B. CE vom 4. August 1959, Syndicat des chirurgiens - dentistes de la Seine, Rec. S. 522
(5) Précis 12. Aufl. S. 373
(6) Siehe dazu Nguyen Van Bong, Décision exécutoire et décision faisant grief. Thèse Paris 1960 S. 59
(7) Précis S. 241

Rechtsnorm aufstellt oder die Rechtsstellung eines bestimmten Einzelnen schafft, ändert oder aufhebt."

Vedel definiert (8): "Eine vollziehbare Entscheidung ist ein Rechtsakt, der von der Verwaltung einseitig erlassen wird, um den bestehenden Rechtszustand (ordonnancement juridique) zu ändern, durch Pflichten, die er auferlegt, oder durch Rechte, die er verleiht.

Die Parallele zum deutschen Recht ist deutlich erkennbar. Dort werden diese Probleme bei der Bestimmung des Verwaltungsaktbegriffes behandelt. Es wird gefordert, daß der Verwaltungsakt unmittelbare rechtliche Wirkung hat (9), oder daß er die Regelung eines Einzelfalles, die "einseitige, potentiell verbindliche, rechtsfolgebegründende Ordnung eines konkreten Lebenssachverhalts" (10) darstellt. Dabei ist aber immer im Auge zu behalten, daß der Begriff der décision exécutoire auch abstrakte und generelle Regelungen erfaßt.

Weder der deutschen noch der französischen Wissenschaft ist bislang eine einigermaßen befriedigende Definition geglückt.

Die vorgeschlagenen Definitionen sind entweder zu eng oder so allgemein, daß sie zur Entscheidung von Grenzfragen ungeeignet sind. Das zeigt eine Gegenüberstellung der Versuche von Rolland und Vedel.

Die Definition von Rolland ist zu undeutlich. Erste Alternative: Aufstellung einer Rechtsnorm. Es wird kein Maßstab dafür geliefert, was eine Rechtsnorm ist und wie sie von den innerdienstlichen Anordnungen abstrakter und genereller Art (Verwaltungsverordnungen) abzugrenzen ist.
Zweite Alternative: Hier ist der Begriff der Rechtsstellung (situation juridique) zu unklar. Wird die Rechtsstellung eines Beamten betroffen, wenn ihm ein anderes Amt übertragen wird oder die Rechtsstellung eines Antragstellers, wenn eine Behörde eine ihm ungünstige Stellungnahme abgibt ?

Die Vedel'sche Definition ist viel zu eng. Sie erfaßt insbesondere nicht die Ablehnung eines Antrages sowie die Verwaltungsakte mit feststellender Wirkung. Diese werden aber von der Rechtsprechung ohne Zögern als anfechtbar anerkannt.

Was die Zulässigkeit des REP betrifft, so können die von der Wissenschaft gelieferten Formeln nur mehr oder weniger geglückte Versuche sein,

(8) D.A. S. 151
(9) Forsthoff S. 182
(10) Wolff S. 266

die Rechtsprechung zu der Frage, welche Akte anfechtbar sind, zu ordnen und die Lösung der Einzelfälle auf einen oder mehrere Grundgedanken zurückzuführen. Es ist für das französische Recht klar, daß sich die Rechtsprechung nicht von abstrakten Formeln leiten läßt.

Die positiven Vorschriften über den REP sagen nichts über die Natur der anfechtbaren Akte, außer daß sie von einer Verwaltungsbehörde erlassen sein müssen. Die Gerichte entscheiden also aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall. Es gilt, für die einzelnen Fallgruppen herauszufinden, nach welchen Gesichtspunkten die Verwaltungsgerichte die Frage entscheiden, ob sie den Akt auf seine Rechtmäßigkeit prüfen wollen oder nicht.. Nur auf diesem Wege kann die Rechtsprechung sachgemäß bewertet und können Wege der Weiterentwicklung gezeigt werden. Diese Arbeit wird allerdings dadurch erschwert, daß die Urteilsbegründungen sehr kurz und oft apodiktisch sind. Es gilt also, gleich entschiedene Fälle auf den entscheidenden gemeinsamen Gesichtspunkt hin zu untersuchen und bei ähnlich liegenden, aber verschieden gelösten Fällen den wesentlichen Unterschied herauszufinden.

Zuvor ist aber noch auf die Frage einzugehen, ob die beeinträchtigende Wirkung eine Eigenschaft des Aktes selbst ist, die von der konkreten Situation unabhängig ist oder ob die konkrete Wirkung auf den Adressaten oder sonst Betroffenen geprüft wird. Damit ist zugleich das Problem der Abgrenzung zwischen den beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen "acte faisant grief" und "intérêt du requérant" aufgeworfen. Nach Odent (11) kann die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde nur angefochten werden, "wenn sie den Kläger in seinen Rechten oder Interessen verletzt, anders ausgedrückt, wenn sie geeignet ist, ihm einen Schaden (grief) zuzufügen." Der Akt muß also zunächst gerade den Kläger in seinen Rechten oder Interessen verletzen. Weitere Voraussetzung ist aber, daß der Kläger ein Interesse an der Annullierung der Entscheidung hat. Nach Odent wird im Rahmen dieses Interesses nur untersucht, ob der Kläger zu einem genügend bestimmten Personenkreis gehört, der zur Anfechtung berechtigt ist. Solche Kreise sind z.B. die Benützer eines service public, die Steuerpflichtigen einer Gemeinde oder eines Departements, nicht aber gewöhnliche Staatsbürger und Steuerpflichtige des Staates. Der Begriff des Interesses taucht hier also zweimal auf. Der Kläger muß in einem Recht oder Interesse verletzt sein, und er muß noch ein besonderes Interesse an der Annullierung haben, das ihn aus dem Kreis der anderen Staatsbürger, deren Interessen ja durch eine kostspielige Maßnahme der Verwaltung auch verletzt sein können, hinaushebt.

(11) Contentieux administratif S. 495 ff.

Kornprobst geht so weit, das Interesse an der Anfechtung eine objektive, das Erfordernis der Beeinträchtigung (grief) eine subjektive Zulässigkeitsvoraussetzung zu nennen (12).

Ähnlich auch Van Bong (13). Die Beeinträchtigung ist eine subjektive Bedingung des REP. Sie ist gegeben, wenn die rechtliche Situation des Klägers selbst betroffen ist, wenn seine Interessen verletzt sind (14).

Ein enger Zusammenhang zwischen "intéret" und "grief" ist unbezweifelbar (15). Aber die Rechtsprechung behandelt ganz überwiegend die objektiven Elemente des angegriffenen Aktes, wenn sie von "grief" spricht. Die Wirkung speziell auf den Kläger wird im Rahmen des Interesses geprüft. Der Commissaire du Gouvernement Mosset sagte das ganz klar in seinen Conclusions zu der Entscheidung des CE vom 26. Oktober 1956, Association générale des administrateurs civils (16). Die Anerkennung eines Interesses als Voraussetzung für den REP werde von der Rechtsprechung zwei Bedingungen unterworfen.

1. Die angefochtene Entscheidung müsse den Kläger materiell oder moralisch verletzen, müsse für ihn auf der einen oder der anderen Ebene mißliche Folgen haben.
2. Diese Folgen müßten den Betroffenen in einer bestimmten Eigenschaft treffen, insoweit er zu einer definierten und abgegrenzten Kategorie gehöre und nicht als beliebiges Mittel der gesamten Nation. Der Kläger müsse in einer besonderen Lage sein, die durch die Rechtsprechung als geeignet anerkannt werde, den REP zu eröffnen.

Mosset rechnet also die Frage, ob gerade der Kläger in seinen Interessen oder Rechten verletzt wird, nicht zum "grief", sondern zum Interesse. Das entspricht auch der Meinung von Auby-Drago (17): "Der Akt muß eine Beeinträchtigung herbeiführen können. Das ist eine rein objektive Bedingung. Sie betrifft allein den Charakter des Aktes selbst und nicht seine Wirkung auf den Kläger."

Die anderen dazu vertretenen Ansichten entsprechen nicht der Haltung der Rechtsprechung. Zwar versucht Van Bong seine Ansicht in Anlehnung

---

(12) Kornprobst, La notion de parti et le REP. Paris 1959

(13) a.a.O. S. 84

(14) a.a.O. S. 90

(15) Siehe Waline, Traité S. 513; Odent S. 831 Liet-Veaux, Jurisclasseur administratif, Bd. 5 Heft 652 S. 11

(16) RDP 1956 S. 1309 ff. Hier S. 1311. Entsch. S. 1320

(17) Bd. 2 S. 459

an gerichtliche Entscheidungen zu begründen. Aber das gelingt ihm nicht. Die Entscheidungen, die er zitiert, weisen den REP ab, ohne genau zu sagen, ob deswegen, weil der Akt an sich keine beeinträchtigende Wirkung hat, oder deswegen, weil es am Interesse des Klägers fehlt. Zwar findet sich in den Entscheidungen ab und zu die Formel: "L'acte ne fait pas grief au requérant."
Prüft man aber genau nach, so ergibt sich, daß der angefochtene Akt niemanden beeinträchtigen kann. Das steht schon seiner Natur nach fest. Man wird der Rechtsprechung also besser gerecht, wenn man unter "acte faisant grief" nur die Natur des Aktes selbst betrachtet und alles, was die besondere Situation des Klägers betrifft, beim Interesse behandelt.

II. Die Rechtsprechung

a) Rein tatsächliche Handlungen

Ihre Anfechtung wird nicht zugelassen. Als Beispiel sei angeführt die Entscheidung des CE vom 31. Mai 1938, Olive (18). Der Kläger focht die irrtümliche Versendung seines Antrages auf Pensionserhöhung an eine unzuständige Stelle an. Der CE wies den REP natürlich als unzulässig ab. Diese rein tatsächliche Handlung sei keine Entscheidung der Verwaltung, die mit dem REP vor den CE gebracht werden könne.
Ebenso wies der CE den REP gegen die Maßnahmen zur Durchführung einer Beschlagnahme ab, CE vom 25. Februar 1948, Dame Mazar et Pald (19). Der Grund für die Unanfechtbarkeit der tatsächlichen Handlungen ist offensichtlich. Der REP soll zur Annullierung des Aktes führen. Das ist nur möglich, wenn der Akt eine rechtliche Wirkung hat. Rein tatsächliche Handlungen können durch richterliches Urteil nicht beseitigt werden.

b) Akte unselbständigen Charakters im Rahmen des Verwaltungsverfahrens

aa) Vorbereitende Akte

Auch sie gelten als unanfechtbar. Siehe z. B. die Entscheidung des CE vom 13. Juli 1961, Lubrano-Lavadera (20). Der Kläger hatte an der juristischen Fakultät Paris vier mündliche Prüfungen für das Diplôme d'Etudes

(18) Rec. S. 495
(19) Zsfg. Rec. S. 684
(20)Rec. S. 515

Superieures abgelegt. Die Bewertung von zwei Prüfung focht er an. Der CE wies den REP ab, da der Kläger die Endentscheidung der Prüfungskommission nicht angefochten habe. Die Bewertung der mündlichen Prüfungen sei davon nicht zu trennen. CE vom 20. April 1951, Guazelli (21): Der Kläger bezog eine Pension. Er hatte eine kranke Tochter. Diese hätte, wenn sie absolut unfähig gewesen wäre, für ihren Unterhalt zu sorgen, nach dem Tod des Vaters ein Recht auf Waisenrente gehabt. In einem Brief des zuständigen Staatssekretärs wurde festgestellt, daß der Gesundheitszustand der Tochter des Klägers nicht geeignet sei, einen Anspruch auf Waisenrente zu begründen. Der CE wies den REP gegen diesen Brief als unzulässig ab, da der Brief noch keine Entscheidung über die späteren Rechte der Tochter treffe, keine Beeinträchtigung zufüge und also nicht anfechtbar sei.
Ähnlich die Entscheidung vom 22. Mai 1963, Deournet (22): Die Antwort eines Ministers auf den Brief eines Kollegen, der seine Aufmerksamkeit auf die Rechtslage einer bestimmten Personengruppe richtet, ist noch keine mit dem REP anfechtbare Entscheidung. CE vom 16. November 1960, Ministre de la Santé publique (23): Die Klägerin wollte eine Apotheke eröffnen und stellte einen entsprechenden Antrag; der zuständige Minister stellte fest, der Antrag sei erst zu einem späteren Zeitpunkt wirksam geworden. Weil dadurch ihre Position gegenüber ihren Mitbewerbern verschlechtert wurde, focht die Klägerin die Entscheidung an. Der CE wies den REP als unzulässig ab mit der Begründung, diese Entscheidung habe nur vorbereitenden Charakter. Sie sei ein Teil der Sachaufklärung (procédure d'instruction) und könne daher der Klägerin keine Beeinträchtigung zufügen. Diese könne gegebenenfalls die Erlaubsniserteilung an eine andere Person anfechten.
Auch die Anweisung eines Ministers an einen Beamten, einen Entscheidungsvorschlag auszuarbeiten, ist keine anfechtbare Entscheidung. CE vom 22. März 1963, Ministre des anciens combattants (24). Das läßt sich sowohl damit erklären, daß die Maßnahme vorbereitenden Charakter hat, als auch damit, daß sie eine innerdienstliche Anweisung darstellt (25). Schließlich stellt auch das Versprechen der Beförderung an einen Beamten noch keinen anfechtbaren Verwaltungsakt dar, CE vom 10. Juli 1964, Meis (26).

---

(21) Rec. S. 208
(22) RDP 1964 S. 500; Rec. S. 321
(23) Rec. S. 631
(24) RDP 1964 S. 500; Rec. S. 321
(25) Siehe dazu unten d) aa)
(26) Zsfg. RDP 1965 S. 129

bb) Stellungnahmen anderer Verwaltungsbehörden

CE vom 5. Mai 1961, Ruais (27): Ein Staatssekretär hatte in einem Brief eine nicht vorgeschriebene Stellungnahme zu einer den Kläger betreffenden Entscheidung abgegeben, die der Minister für die überseeischen Gebiete erlassen sollte. Der CE wies den REP als unzulässig ab. Der Brief enthalte keine Entscheidung, die den Kläger beeinträchtige.
Anders entschied der CE in der Entscheidung vom 29. Januar 1954, Boivin-Champeaux (28). Nach dem Gesetz muß der Conseil academique zu den Anträgen der Privatschulen auf Gewährung einer Subvention Stellung nehmen. Der Rektor der Universität Caën weigerte sich, die Akten dem Conseil academique vorzulegen. Der CE ließ den REP dagegen zu. Der Rektor habe dem Ablauf des Verfahrens ein Hindernis in den Weg gestellt. Das sei eine Entscheidung, die vor den Verwaltungsrichter gebracht werden könne.

cc) Bloße Meinungsäußerungen und Auskünfte

CE vom 3. Januar 1945, Méret et le Minor (29):
Der CE wies den REP als unzulässig ab, weil der fragliche Brief des "Groupement professionnel de la meunérie" dem Kläger nur ihre Meinung mitgeteilt habe. Das sei keine Entscheidung, die mit dem REP vor den CE gebracht werden könne.
CE vom 16. Oktober 1959, Syndicat des chirurgiens dentistes de la Seine (30):
Angefochten wurde ein Brief des Arbeits- und Sozialministers an den Präsidenten des Syndicat und an einen hohen Beamten der Sécurité Sociale, in dem er die Ansicht ausdrückte, das klagende Syndicat sei eine repräsentative Organisation im Sinne des Code du travail. Das brachte für das Syndicat auch Nachteile mit sich. Darum focht es den Brief an. Aber der CE stellte fest, aus den im Brief gebrauchten Ausdrücken ergebe sich, daß der Minister keine echte Entscheidung getroffen habe. Er habe sich darauf beschränkt, seine Meinung mitzuteilen. Der dagegen gerichtete REP sei unzulässig. Der CE entschied wieder anders in der Entscheidung vom 21. Oktober 1960, Berthiot (31). In dem angefochtenen Brief hatte der Präfekt des Departement Haute-Savoie dem Kläger mitgeteilt, daß er sich mit allen legalen Mitteln der Verwirklichung seines Bauvorhabens widersetzen werde. Der CE ließ den

(27) Rec. S. 299
(28) Rec. S. 66
(29) Rec. S. 1
(30) Rec. S. 522
(31) Rec. S. 580 bis

REP zu. Die Behörde habe damit eine Entscheidung getroffen, die geeignet sei, vor die Verwaltungsgerichte gebracht zu werden.

dd) Begründungen

CE vom 7. Juni 1950, Rougier (32): In einem Beschluß des Conseil supérieure de l'Education nationale waren als Begründung ungünstige Äußerungen über die beruflichen Fähigkeiten des Klägers enthalten. Der Kläger focht unter anderem auch diese Feststellungen an. Der CE erklärte, der Kläger verlange insoweit nicht die Annullierung eines Teils des Tenors der Entscheidung (une partie du dispositif), sondern nur die Annullierung der Begründung. Das sei nicht zulässig.

ee) Bestätigende Akte

CE vom 24. Juni 1949, Soc. des films Sirius (33):
In einem Brief und in einer Pressemitteilung hatte der "Generaldirektor für das Filmwesen" der klagenden Gesellschaft die Verwertung (mise en exportation) der Filme von Sacha Guitry verboten. Der CE stellte fest, der Generaldirektor habe damit nur an eine schon früher getroffene Entscheidung erinnert. Er habe nicht selbst eine Entscheidung getroffen, die geeignet sei, Beeinträchtigungen zu verursachen. Daher sei die Anfechtung unzulässig.
In einem ähnlichen Fall entschied der CE auch so, aber mit anderer Begründung, CE vom 14. Oktober 1955, Union de la propriété bâtie de France (34). Die Kläger fochten einen interministeriellen Erlaß an, der für verschiedene Gemeinden "die ausreichende Belegung von Wohnungen" definierte. Der CE erklärte, die Entscheidung wiederhole nur eine frühere Regelung, die immer noch in Kraft sei. Die Kläger hätten sich nicht in der vorgeschriebenen Frist gegen diese frühere Entscheidung gewandt. Der REP sei also insoweit verspätet und daher unzulässig.

ff) Akte zur Durchführung eines Verwaltungsaktes

CE vom 20. Dezember 1957, Binet (35): Der Leiter der Kriegsschadensstelle hatte den Kläger gemahnt, ihm Akten zu übergeben, die der Kläger in seiner Eigenschaft als zugelassener Sachverständiger noch in Besitz hatte.

---

(32) Rec. S. 347
(33) Rec. S. 311
(34) Rec. S. 481
(35) Rec. S. 703

Der CE stellte fest, das sei nur eine Maßnahme zur Durchführung der früheren Entscheidung, durch die der Minister für Wiederaufbau die Zulassung als Sachverständiger zurückgenommen hatte. Der angefochtene Brief sei daher nicht geeignet, dem Kläger "grief" zuzufügen. In der Entscheidung vom 28. Juli 1951, Anziani (36), begründete der CE das gleiche Ergebnis wieder anders. Der Justizminister hatte die Verlängerung eines Krankheitsurlaubs verweigert und den Kläger aufgefordert, seinen Dienst wiederaufzunehmen. Das tat der Kläger nicht. Darauf wurde ihm für eine bestimmte Zeit das Gehalt gesperrt. Eine Änderung dieser Entscheidung lehnte der Justizminister ab. Diese Ablehnung wurde angefochten. Der CE hielt den REP für unzulässig. Die angefochtene Entscheidung sei, selbst wenn sie nicht bloß bestätigenden Charakter habe, nur die notwendige Folge der vorhergehenden Entscheidung. Der Kläger, der sich nicht innerhalb der gesetzlichen Frist gegen die früheren Entscheidungen gewandt habe, könne ihre Rechtmäßigkeit nicht im Rahmen eines REP gegen die letzte Entscheidung, an der er keinen ihr eigenen Fehler rüge, nachprüfen lassen.

gg) Erklärung der Rechtsprechung

Diese Rechtsprechung läßt sich auf einige Grundgedanken zurückführen.

1. Der REP kann kein "Prozeß gegen eine Tendenz (sc. der Verwaltung) sein ...; es genügt nicht, daß man von einer eventuellen Entscheidung bedroht ist; man muß von einer aktuellen Entscheidung wirklich betroffen sein." (37) Darum wird aus den vielen Akten, die im Rahmen eines speziellen Verwaltungsverfahrens ergehen, der herausgehoben, der den Adressaten oder den sonst Beteiligten am unmittelbarsten trifft (38). Solange diese "Hauptentscheidung" nicht gefällt ist, gilt der Betroffene als noch nicht beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung wird hier also relativ aufgefaßt. Man will vermeiden, daß über einen einzigen Verwaltungsvorgang mehrere Prozesse geführt werden. Dieser Grundsatz muß durchbrochen werden, wenn eine Verwaltungsbehörde, deren Mitwirkung zum Erlaß eines Verwaltungsaktes notwendig ist, diese Mitwirkung verweigert und dadurch das Verwaltungsverfahren blockiert. Ein solches Handeln kommt im Ergebnis einer negativen Hauptentscheidung gleich und ist daher anfechtbar, CE vom 29. Januar 1954, Boivin-Champeaux (39).

(36) Rec. S. 467

(37) Laferrière, Traité Bd. 2 S. 397

(38) Charlier, Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives. JCP 1954 I 1169

(39) Rec. S. 66

Der CE behandelt ebenso den Fall, in dem ein Präfekt erklärt, mit allen zulässigen Mitteln eine bestimmte Entscheidung verhindern zu wollen. Mit dem für ihn typischen Realismus hat der CE erkannt, daß auch diese Erklärung angesichts der starken Stellung des Präfekten die Entscheidung in der Hauptsache vorwegnimmt (Fall Berthiot). Es ist zu beachten, daß es eine Feststellungsklage im französischen Verwaltungsprozeßrecht nicht gibt. Wo ein echtes Feststellungsinteresse gegeben ist, läßt der CE daher den REP zu.

2. Auch innerhalb der Akte ist zu unterscheiden zwischen dem Teil, der beeinträchtigt und den anderen Teilen. Nur der Tenor ist anfechtbar, nicht die Begründung, CE vom 7. Juni 1950, Rougier (40).
3. Für die Akte nach Erlaß der Hauptentscheidung gilt noch ein anderer Gesichtspunkt. Sie sind nicht nur deswegen unanfechtbar, weil ihre Wirkung von der Hauptentscheidung abhängt, sondern auch aus einem anderen Grund. Wollte man nämlich die Anfechtung von bestätigenden und vollziehenden Akten zulassen, so würde die Frist für die Erhebung des REP umgangen. Die Rechtmäßigkeit der Hauptentscheidung müßte geprüft werden, nachdem die Frist für ihre Anfechtung schon abgelaufen ist. Der Betroffene kann daher bestätigende Akte gar nicht, volziehende Akte nur dann anfechten, wenn er geltend macht, daß sie an einem von der Hauptentscheidung unabhängigen Fehler leiden.

c) Mahnungen und Warnungen (mises en demeure et avertissements)

Hier befindet sich die Rechtsprechung anscheinend noch in einem Entwicklungsprozeß (41). Am Ende des 19. Jahrhunderts ließ der CE die Anfechtung zu, wenn die Mahnung mit der Androhung der Ersatzvornahme (exécution d'office) verbunden war (42). Später schraubte der CE seine Anforderungen herunter, so in der Entscheidung vom 18. Januar 1929, Vermot (43). Der Kläger focht die Anordnung (injonction) des Bürgermeisters an, zwei von ihm gebaute Holzhäuser abzureißen. Der CE stellte fest, das beeinträchtigte den Kläger, auch wenn keine Ersatzvornahme angeordnet, sondern nur strafrechtliche Sanktionen angedroht worden seien.
Heute ist die Rechtsprechung des CE schwankend. CE vom 8. April 1961, Dame Klein (44): Der Bürgermeister hatte am 24. Juni 1953 die Klägerin aufgefordert, einen von ihr errichteten Zaun und einen Steinhaufen von

(40) Rec. S. 347 (41) So auch Auby-Drago Bd. 2 S. 477

(42) Laferrière, Traité Bd. 2 S. 399 - CE vom 2. Juli 1875, Fouques de Wagnonville, Rec. S. 669: Der CE ließ die Anfechtung einer Entscheidung des Präfekten zu. Dieser habe sich nicht darauf beschränkt, die Adressaten des Verwaltungsaktes zu mahnen, sondern habe entschieden, daß er im Falle des Ungehorsams zur Ersatzvornahme schreiten werde.

dem öffentlichen Weg zu entfernen, der an ihrem Grundstück vorbeiführte. Am 26. September 1955 hatte der Bürgermeister diese Anweisung wiederholt. Dieser Akt wurde angefochten. Der CE wies den REP als unzulässig ab. Zwar werde in der neuen Anweisung eine neue Frist bestimmt und die Ersatzvornahme angedroht. Diese Warnung habe aber trotzdem nicht den Charakter einer beeinträchtigenden Entscheidung und könne daher nicht mit dem REP angefochten werden.

CE vom 17. November 1953, Dlle Maza (45): Die Klägerin focht einen Brief an, in dem sie an die Bestimmungen der ordonnance vom 11. Oktober 1945 und des Gesetzes vom 1. September 1948 erinnert wurde. Diese Vorschriften verboten die Nutzung von Wohnräumen zu gewerblichen Zwecken. Die Klägerin wurde aufgefordert, sich an diese Bestimmungen zu halten, widrigenfalls die in dem Gesetz vom 1. September 1948 vorgesehenen Sanktionen verhängt würden. Auch hier wies der CE den REP als unzulässig ab, da die Entscheidung die Klägerin nicht beeinträchtigen könne.
Anders entschied der CE in der Entscheidung vom 13. Dezember 1957, Roubeau (46). Der Kläger, Rechtsanwalt und gleichzeitig an der Ecole nationale d'agriculture de Grignon beschäftigt, wurde vom Landwirtschaftsminister unter Androhung von Disziplinarmaßnahmen aufgefordert, sein Amt als Rechtsanwalt niederzulegen. Diese Aufforderung focht der Kläger an. Der CE ging auf die Frage der Zulässigkeit nicht näher ein und prüfte sofort die Begründetheit des REP. Auffällig ist auch die verschiedene Lösung in den Entscheidungen des CE vom 18. Oktober 1950, Maud (47), einerseits und CE vom 6. Juli 1951, Compagnie mobilière et immobilière de Paris (48) andererseits. Der Fall Maud: Der Kläger focht einen Erlaß des Bürgermeisters an, durch den er angewiesen wurde, eine Mauer und einen Schuppen, die ihm gehörten, zu beseitigen. Der CE ließ den REP zu. Nach der Art der Formulierung sei der angegriffene Akt keine einfache Mahnung, sondern eine Entscheidung, die den Kläger beeinträchtige. Dieser habe daher Interesse an der Anfechtung.
Der Fall Compagnie mobilière et immobilière de Paris:
Es wurde unter anderem eine Aufforderung des Präfekten angefochten, schon errichtete Bauten wiederabzureißen. Mit der Aufforderung war die Drohung verbunden, eine Anzeige bei den Strafgerichten zu erstatten. Der CE wies aber den REP ab mit der dürftigen Begründung, eine solche Auf-

(43) D. 1929 III S. 55 Anm. P. -L. J.
(44) D. 1961 S. 587 Concl. Henry
(45) AJDA 1954 S. 7
(46) Rec. S. 678
(47) Rec. 501
(48) Rec. S. 399

forderung könne nicht als Entscheidung mit beeinträchtigender Wirkung (décision faisant grief par elle-même) angesehen werden. Aus diesen Entscheidungen ist zu schließen, daß der CE die Anfechtung von Mahnungen und Warnungen für unzulässig erklärt,

1. wenn der Akt auf eine schon bestehende, klare Rechtslage hinweist, also deklaratorischen Charakter hat, wie im Fall Maza.
2. wenn der Akt die Drohung einer Sanktion enthält. Dann soll der Kläger diese abwarten und angreifen (Fall Compagnie mobilière).
3. wenn mehrere Aufforderungen ergangen sind. Dann muß der Kläger schon die erste anfechten (Fall Dame Klein).

Der CE hält aber diese Gründe nicht immer für durchschlagend. So ist nicht erkennbar, warum der CE im Fall Roubeau anders entschied als im Fall Maza. Auch im Fall Roubeau wurde doch nur auf eine schon bestehende klare Rechtslage hingewiesen. Ebenso unerklärlich ist, warum der CE den REP im Fall Compagnie mobilière für unzulässig, im Fall Maud aber für zulässig hielt. Der CE scheint für diese Fälle noch kein absolut gültiges Kriterium gefunden zu haben, nach dem sich entscheiden ließe, welche Mahnungen anfechtbar sind und welche nicht. Jedenfalls ist aus den Entscheidungen noch kein unbedingt sicheres Kriterium ableitbar (49).

d) Maßnahmen ohne Außenwirkung (mésures d'ordre intérieur)

aa) Rundschreiben und innerdienstliche Anweisungen (50)

Die Rundschreiben (circulaires) der Chefs von Verwaltungsbehörden - vor allem der Minister - an ihre Untergebenen werden grundsätzlich nicht als "actes faisant grief" angesehen. Sie sind dazu bestimmt, die unteren Verwaltungsbeamten zu belehren, ihnen die tatsächliche oder rechtliche Lage zu erklären. Nicht selten werden aber die formlosen Rundschreiben auch gewählt, um echte Entscheidungen zu treffen und bindende Weisungen für die zu treffenden Entscheidungen zu erteilen. In diesen Fällen sagt die Rechtsprechung, das Rundschreiben habe "Rechtssatz-Charakter" (caractère règlementaire) oder sei ein Rechtssatz (acte règlementaire), und läßt denREP dagegen zu.

---

(49) So auch Auby-Drago Bd. 2 S. 478; Odent S. 464

(50) Siehe dazu insbes. Tricot, Concl. zu CE vom 29. Januar 1954, Institution Notre-Dame Kreisker, RPDA 1954 S. 61

Einige typische Beispiele für "normale" Rundschreiben. CE vom 4. Februar 1949, Section civile de la Fédération nationale des blessés au pouman (51): Angefochten war ein Rundschreiben des Arbeitsministers über die Anwendung eines bestimmten Gesetzes. Der CE wies den REP als unzulässig ab. Das Rundschreiben sei eine innerdienstliche Weisung (instruction d'ordre intérieur), durch die der Minister seinen Untergebenen seine Ansicht über die Auslegung des Gesetzes mitgeteilt habe. Das sei keine die Klägerin beeinträchtigende Entscheidung. Die Mitglieder der Klägerin könnten die Auslegung des Ministers bestreiten, wenn aufgrund des Gesetzes ihnen gegenüber Einzelentscheidungen erlassen würden.

CE vom 11. April 1951, Fédération nationale des fabricants français de vêtements masculins (52): Die Fédération griff unter anderem ein Rundschreiben des Arbeitsministers an. Der CE stellte fest, der Minister habe sich darauf beschränkt, eine schon getroffene Entscheidung - offenbar abstrakter und genereller Art - seinen Untergebenen mitzuteilen und zu kommentieren. Daher könne das Rundschreiben selbst der Klägerin keine Beeinträchtigung zufügen. Der REP sei also unzulässig.

CE vom 9. März 1951, Guislain (53): DerKläger focht eine Anweisung und ein Rundschreiben eines Staatssekretärs an, die die Modalitäten der Auszahlung gewisser Entschädigungen und Zuweisungen regelten. Der CE hielt den REP für unzulässig, weil die angefochtenen Akte Maßnahmen der inneren Ordnung und keine den Kläger beeinträchtigenden Verordnungen (actes règlementaires) seien.

In der Begründung der Entscheidung vom 13. Mai 1947, Bonnin (54), stellte der CE fest, eine ministerielle Anweisung, die empfehle, gewisse Entscheidungen zu begründen, habe keinen Rechtssatz-Charakter.

CE vom 11. Mai 1934, Lamy et autres (55): Die Kläger fochten ein Rundschreiben des Marineministers an, das die Löhne der Arbeiter betraf. Der CE ließ den REP zu. Der Minister habe sich nicht darauf beschränkt, seinen Untergebenen Instruktionen zu erteilen, sondern er habe eine Entscheidung getroffen, welche die bisher bestehende Regelung in Bezug auf die Löhne der Betroffenen modifiziert habe. Diese Entscheidung beeinträchtige die Kläger. Ihr REP sei also zulässig. CE vom 10. Januar 1936, Girard (56):

(51) Rec. S. 59
(52) Rec. S. 184
(53) Rec. S. 142
(54) Rec. S. 196
(55) Rec. S. 550
(56) Rec. S. 46

Der Kläger focht ein Rundschreiben des Erziehungsministers an, in dem das Alter für den Eintritt in die école primaire supérieure festgesetzt wurde. Der CE stellte fest, daß diese Regelung von Art. 38 des Dekretes vom 18. Januar 1887 abweiche und daß der REP des Klägers deshalb zulässig und begründet sei.

CE vom 7. März 1947, Chaminade (57): Durch Rundschreiben hatte der Staatssekretär für Verteidigung den Status der Sozialhelferinnen (adjointes sociales) im Landheer festgelegt. Der CE stellte fest, dieses Rundschreiben habe Rechtssatz-Charakter und ließ den REP zu.

In der Entscheidung vom 1. April 1949, Chanevau (58), ließ der CE den REP gegen ein Rundschreiben zu, durch das der Erziehungsminister die Einrichtungen der Seelsorge, die nach 1938 errichtet worden waren, in den höheren Schulen abschaffte. Auf die Problemeder Zulässigkeit ging der CE nicht ein. Er prüfte sofort die Begründetheit.

Auch bei den innerdienstlichen Anweisungen, die keine Rundschreiben sind, unterscheidet der CE. Es gibt solche, die anfechtbare Entscheidungen darstellen, und andere, die nicht anfechtbar sind.

CE vom 24. Juli 1935, Bensahli Semoussi (59): Der Generalgouverneur von Algerien hatte auf Anfrage des Präfekten von Oran diesen aufgefordert, gewisse Gemeinderatsbeschlüsse nicht zu genehmigen. Der CE wies den REP gegen die Äußerung des Generalgouverneurs als unzulässig ab. Dieser habe sich darauf beschränkt, dem Präfekten Anweisungen zu erteilen, wie er, der Präfekt, seine Befugnisse gebrauchen solle. Der Generalgouverneur selbst habe keine Entscheidung getroffen, die mit dem REP angefochten werden könne.

CE vom 6. April 1951, Syndicat des marchants ambulants d'Eure-et-Loir (60): Angefochten war unter anderem ein Brief, in dem der Wirtschaftsminister dem Präfekten von Eure-et-Loir mitteilte, warum er im Augenblick die Anwendung gewisser Vorschriften nicht für zweckmäßig halte. Der CE wies den REP insoweit ab, als dies eine rein innerdienstliche Anweisung sei, die nur Informationswert habe. Es handele sich daher nicht um eine Entscheidung, die mit dem REP vor den CE gebracht werden könne.

CE vom 6. August 1909, Rageot (61): Eine ministerielle Weisung hatte das Verfahren bei Beförderungen der zivilen Beamten im Kriegsministerium geregelt. Die Entscheidung eines leitenden Beamten hatte dagegen verstoßen.

(57) Rec. S. 99
(58) Rec. S. 161
(59) Rec. S. 885
(60) Rec. S. 177
(61) S. 1912 III S. 47

Sie wurde angefochten. Die Verwaltung machte geltend, nur ein Verstoß gegen Gesetze und Verordnungen könne den REP begründen. Der CE stellte aber fest, die Anweisung habe den Beamten Garantien verliehen. Deren Mißachtung verletze die Rechte der Beamten. Die angefochtene Entscheidung wurde annulliert. Damit hat der CE der Anweisung Rechtssatz-Charakter zuerkannt.

bb) Maßnahmen gegenüber dem Personal oder den Benutzern gewisser services publics

Es handelt sich hier um rechtliche Beziehungen, die im deutschen Verwaltungsrecht als "besondere Gewaltverhältnisse" bezeichnet werden.
CE vom 21. Oktober 1938, Lote (62): Der Leiter des "Lycée Mignet" in Aix-en-Provence hatte den Schülern verboten, im Bereich der Schule Abzeichen, auch Zeichen mit den Nationalfarben, zu tragen. Dagegen wurde eine Beschwerde an den Erziehungsminister gerichtet. Nach vier Monaten war immer noch kein Bescheid ergangen. Nach einem seit langem bestehenden Grundsatz, der jetzt im Dekret vom 11. Januar 1965, Art. 1 Abs. 2 enthalten ist, gilt ein Antrag als abgelehnt, wenn vier Monate keine Antwort gegeben wird. Die ablehnende Entscheidung kann dann innerhalb von zwei Monaten angefochten werden. So geschah es hier. Der CE erklärte den REP aber für unzulässig. Der Schulleiter habe sich darauf beschränkt, eine Maßnahme der inneren Ordnung zu treffen, mit dem Ziel, die Disziplin in der Anstalt aufrechtzuerhalten. Eine solche Maßnahme könne nicht mit dem REP angefochten werden.
CE vom 20. Oktober 1954, Chapou (63): Der Conseil intérieur des Lycée Camille Sée hatte den Schülerinnen verboten, Skihosen zu tragen, wenn kein Schnee lag. Dagegen wurde wieder Beschwerde zum Erziehungsminister eingelegt. Den REP gegen die ablehnende Entscheidung wies der CE mit denselben Worten ab wie im Fall Lote.
In der Entscheidung vom 6. Juli 1949, Andrade (64), ließ der CE aber ohne nähere Ausführungen den REP gegen Entscheidungen zu, durch die den Schülerinnen Edith und Hélène Andrade die Erlaubnis verweigert wurde, die sechste Klasse ein zweites Mal zu wiederholen, bzw. von der vierten in die dritte Klasse aufzusteigen.
In der Entscheidung vom 29. Januar 1955, Allemand (65), prüfte der CE

(62) Rec. S. 786
(63) Rec. S. 541
(64) Rec. S. 331
(65) Rec. S. 224

eine Maßnahme des "Recteur de l'Académie de Grenoble" (Leiter der Schulverwaltung für einen Bezirk) nach, die den Schüler Allemand endgültig von der Schule verwies. Der CE machte dabei keine Ausführungen zur Zulässigkeit.

Auch innerhalb des militärischen Dienstverhältnisses gibt es anfechtbare und unanfechtbare Entscheidungen. CE vom 28. April 1937, André (66): Der CE wies den REP gegen einen dem Kläger vom Kriegsminister erteilten Tadel als unzulässig ab. Die anderen gegen den Kläger verhängten Maßnahmen (Versetzung und Streichung von der Liste der Kandidaten für die Légion d'Honneur) prüfte er dagegen nach.
Auch in der Entscheidung vom 11. Juli 1947, Dewavrin (67), wies der CE den REP ab, der sich gegen eine typisch militärische Disziplinarmaßnahme richtete:
Der Kriegsminister hatte gegen den Kläger 60 Tage Festungshaft verhängt. Aus der Begründung der Entscheidung ergibt sich jedoch, daß der CE die "Verwaltungsdisziplinarmaßnahmen" (mesures administratives de discipline) davon unterscheidet und wohl für anfechtbar hält.

cc) Erklärung der Rechtsprechung

Die Überschrift "Maßnahmen ohne Außenwirkung - mesures d'ordre intérieur" wurde nur gewählt, um den Bereich der hier behandelten Akte mit einem herkömmlichen Begriff zu erfassen. Diese Bezeichnung birgt aber die Gefahr in sich, daß man in ihr schon die Erklärung für die Unanfechtbarkeit gewisser Akte enthalten glaubt und sich damit zufrieden gibt. Tatsächlich sah ein Teil der französischen Rechtslehre darin den entscheidenden Gesichtspunkt. So hielt Hauriou (68) die Anweisungen innerhalb der Verwaltung für unanfechtbar, weil sie im Verhältnis zu Dritten nicht Teil der Rechtsordnung seien. Sie seien nur Rechtsnormen für die Beamten, die sich im Inneren der Verwaltung befänden, nicht aber für Außenstehende. Ähnlich argumentiert Bonnard (69). Die "mesures d'ordre intérieur" hätten nur innerhalb der Verwaltung rechtliche Wirkungen, weil die Beamten den Weisungen ihrer Vorgesetzten zu gehorchen hätten. Gegenüber Dritten seien sie nicht verbindlich, weil diese an Weisungen nicht gebunden seien. Duguit (70) lehrt, diese Akte hätten überhaupt keine rechtlichen Wirkungen.

(66) Rec. S. 439
(67) Rec. S. 307
(68) S. 1921 III S. 9
(69) Précis, 4. Aufl. S. 479
(70) Droit constitutionnel, Bd. 2 S. 259

Mit Recht stellt Charlier (71) fest, daß die Bezeichnung dieser Akte die wahren Gründe für ihre Unanfechtbarkeit verdeckte. Auch hier gilt es, diese Gründe zu finden und zu prüfen.

Die "circulaires" entsprechen praktisch unseren Verwaltungsverordnungen und gelten wie diese grundsätzlich nicht als Rechtsnormen, werden also als unanfechtbar angesehen. Die Rechtsprechung hält aber an diesem Prinzip nicht starr fest. Sie prüft vielmehr im Einzelfall, ob das circulaire nicht trotz der Form, in der es ergangen ist, Rechtssatz-Charakter hat (72). Tatsächlich kann man nur so der wachsenden praktischen Bedeutung der circulaires gerecht werden. Um diese Bedeutung zu erkennen, gilt es, ihre Funktion zu klären. Die circulaires sind ein Instrument für den Chef einer Behörde oder eines ganzen Verwaltungszweiges, die Arbeit seiner Untergebenen zu dirigieren und zu koordinieren. Da er nicht alle Entscheidungen selbst treffen kann, aber trotzdem eine gewisse Einheitlichkeit erreichen will, gibt er allgemeine Anweisungen. So kann er die Verwaltungsarbeit in einen größeren Rahmen einfügen und, wenn er als Minister oder Ministerpräsident politische Aufgaben hat und politisch verantwortlich ist, die Tätigkeit der Verwaltung durch seine politischen Entscheidungen prägen. Zu diesem Zweck weist der Leiter einer Behörde auf bestimmte Vorschriften hin, interpretiert diese, fordert aus Zweckmäßigkeitsgründen zu einem bestimmten Ermessensgebrauch auf usw. In all diesen Fällen üben die circulaires praktisch einen beträchtlichen Einfluß aus. Dieser wird dadurch nicht geringer, daß man ihre rechtliche Wirkung leugnet. Wenn die Erteilung einer Erlaubnis durch eine abstrakte und generelle Regelung von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht wird, so ist es im praktischen Ergebnis gleichgültig, ob der Leiter der Verwaltung die Form der Verordnung oder des Rundschreibens wählt. Seine Untergebenen sind in beiden Fällen daran gebunden: im ersten Fall, weil es sich eindeutig um eine Rechtsnorm handelt, im zweiten Fall wegen der Gehorsamspflicht des Beamten. Praktisch ist die Wirkung der Rundschreiben vielleicht sogar stärker, da die in ihnen enthaltene Regelung mehr ins Einzelne geht und dem ausführenden Beamten darum eine festere Grundlage für seine Entscheidungen bietet. Wenn, wie im französischen Recht, Verordnungen im Anfechtungsprozeß annulliert werden können, so ist es nur konsequent, auch solche Rundschreiben auf ihre Legalität nachzuprüfen und gegebenenfalls aufzuheben.

(71) Siehe (38)

(72) Auch in der deutschen Wissenschaft und Rechtsprechung zeigen sich Zweifel, ob die strenge Unterscheidung zwischen Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung haltbar ist. Siehe Forsthoff S. 122 f., S. 128; Wolff S. 111; Krüger, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, Festgabe für Smend, S. 211 ff.; BVerwG DÖV 1957 S. 863.

Zwar besteht für den Bürger die Möglichkeit, die Einzelentscheidung anzufechten, die aufgrund des circulaire ergeht. Aber das ist unzweckmäßig, da sich dann an jedes rechtswidrige circulaire ein Rattenschwanz von Prozessen anhängt. Einfacher und wirksamer für den Rechtsschutz der Bürger ist es, die Anfechtung der circulaires unmittelbar zuzulassen, allerdings nur dann, wenn sie echte Regelungen enthalten.

Klar sind die Fälle, in denen nur Empfehlungen und Richtlinien ganz allgemeiner Art ausgesprochen werden (Entscheidungen Bonnin, Syndicat des marchands ambulants d'Eure-et-Loir). Das sind nur Maßnahmen der "Verwaltungspädagogik". Die erlassende Stelle will die Adressaten nicht zu einem genau bestimmten Verhalten verpflichten. Es handelt sich deshalb nicht um echte Entscheidungen und wohl auch nicht um Rechtssätze, da ihnen "die für den Rechtssatz notwendige Entschiedenheit und Sinnbestimmtheit" (73) fehlt. Um eine echte Entscheidung handelte es sich dagegen im Fall Chanevau, allerdings um eine "décision collective", um eine Allgemeinverfügung. Die Regelung war nicht abstrakt, da die zu regelnden Fälle schon bestimmt waren. Jedenfalls hielt es der CE mit Recht für nicht ausschlaggebend, daß die Entscheidung in einem circulaire enthalten war, sich also zunächst an die Beamten wandte. Daß diese die Anordnung ausführen würden, daran bestand kein Zweifel. Damit stand auch die beeinträchtigende Wirkung für die Schüler fest, die Religionsunterricht genossen hatten und für deren Eltern.

Die meisten circulaires verfolgen den Zweck, Anleitungen zur Ausführung schon bestehender Vorschriften zu geben. Ob diese circulaires nun Rechtssatz-Charakter haben und deshalb anfechtbar sind, entscheidet die Rechtsprechung danach, ob sie bestehende Vorschriften wiederholen und interpretieren oder ob sie - mit Anspruch auf Verbindlichkeit wenigstens den Beamten gegenüber - neue Regeln schaffen, insbesondere auch rechtliche Garantien gewähren, wie z.B. im Fall Rageot. In den Entscheidungen Lamy und Girard führte dieser Maßstab zu eindeutigen Ergebnissen. Die circulaires wichen von den bestehenden Vorschriften ab, brachten also neue Regelungen. Im Fall Chaminade wurde durch Rundschreiben eine neue Regelung geschaffen, ohne daß schon Vorschriften bestanden hätten. Diese Neuregelung konnte dann natürlich auch nicht nur interpretativen Charakter haben, wie die circulaires, über deren Anfechtung der CE in den Entscheidungen Guislain, Féd. nationale des blessés au poumon, Féd. nationale des fabricants français de vêtements masculins zu befinden hatte. Eine Neuregelung ist auch nicht gegeben, wenn der Minister in einem circulaire nur technische

(73) Wolff S. 102

Einzelheiten des Verfahrens vorschreibt, ohne dem Bürger verfahrensrechtliche Garantien einzuräumen (Entscheidung Lamy). Die Entscheidung Bensahli Semoussi stellt einen Grenzfall dar. Die an den Präfekten gerichtete Aufforderung des Generalgouverneurs, in gewissen Fällen eine bestimmte Entscheidung zu treffen, hätte der CE auch als anfechtbaren Verwaltungsakt qualifizieren können. Er hat es wahrscheinlich deshalb nicht getan, weil er es in dem speziellen Fall für ungefährlich und zumutbar hielt, die Betroffenen auf die Anfechtung der Entscheidung des Präfekten selbst zu verweisen.

Die Anfechtung innerdienstlicher Weisungen für den Einzelfall läßt der CE nie zu. Wenn der Erlaß eines Verwaltungsaktes angeordnet wird, so kann der Betroffene diesen abwarten und dann anfechten, ohne daß deswegen mehrere Prozesse notwendig werden wie bei den Rundschreiben allgemeiner Art. Wenn die Beamten zu einem rein tatsächlichen Verhalten angewiesen werden, so wird der Bürger dadurch noch nicht beeinträchtigt. Sollte die Handlung rechtswidrig sein, so kann er nachher Schadenersatz verlangen.

Die grundsätzliche Unanfechtbarkeit von Maßnahmen gegenüber dem Personal oder den Benutzern gewisser services publics führt Alibert (74) auf den Grundsatz zurück: de minimis non curat praetor. Aber 60 Tage Festungshaft wie im Fall Dewavrin sind keine Kleinigkeit. Richtiger dürfte die Erklärung sein, die Auby-Drago (75) geben. In den Verwaltungen, in denen die Aufrechterhaltung der Disziplin besonders notwendig ist, soll die verwaltungsgerichtliche Kontrolle so eng wie möglich bleiben. Das allgemeine Interesse am Funktionieren dieser Einrichtungen überwiegt in gewissen Fällen das Interesse des Einzelnen an einem wirksamen Rechtsschutz. Dazu kommt, daß viele der fraglichen Entscheidungen nur schwer oder gar nicht vom Richter nachgeprüft werden können, so insbesondere pädagogische Maßnahmen und Beurteilungen. Nur mit diesen Erwägungen läßt sich auch der kontrollfreie Raum, der im deutschen Recht innerhalb der besonderen Gewaltverhältnisse anerkannt wird, teilweise rechtfertigen. Das Interesse des Einzelnen überwiegt aber, wenn Entscheidungen in Frage stehen, die den rechtlichen Status des Betroffenen verändern. Hier taucht die Unterscheidung auf, die im deutschen Recht nach Ule häufig mit dem Gegensatz "Grund- und Betriebsverhältnis" bezeichnet wird. Das Grundverhältnis wird berührt, wenn ein Schüler von der Schule verwiesen wird (Fall Allemand) oder nicht in die nächste Klasse aufsteigen darf (Fall Andrade) oder wenn ein Soldat zu einer anderen Einheit versetzt wird (Fall André). Dagegen berühren Anweisungen über das Tragen

(74) Le contrôle S. 89
(75) Bd. 2 S. 487

von Abzeichen (Fall Lote) und über die Bekleidung (Fall Chapou), sowie militärische Disziplinarmaßnahmen (André, Dewavrin) nur das Betriebsverhältnis.

II. Die anfechtungsberechtigten Personen

1. § 10. Partei- und Prozeßfähigkeit (capacité pour agir en justice)

Partei- und Prozeßfähigkeit sind grundsätzlich für den REP wie für jede andere Klage erforderlich (1). Auch hier zeigt sich der CE aber großzügig. Er läßt z.B. den REP eines nicht eingetragenen und daher nicht rechtsfähigen Vereins (association non déclarée) zu, CE vom 21. März 1919, Dame Polier (2). Zulässig ist auch der REP eines aufgelösten Vereins gegen die Auflösung, CE vom 16. April 1947, Féd. des chevaliers de France (3).

(1) Vgl. dazu allgemein
Vincent, Artikel "Action", Art. 2 § 1 in: Dalloz, Répertoire de procédure civile et commerciale, Bd. 1 Paris 1955 S. 49 ff.

(2) Rec. S. 299 Concl. Riboulet

(3) Zsfg. Rec. S. 533

2. § 11. Das Interesse

Eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ist das "intérêt pour agir", das etwa der Klagebefugnis bei der Anfechtungsklage entspricht. Die französische Prozeßrechtswissenschaft unterscheidet als Klagevoraussetzungen "intérêt" und "qualité", wobei qualité das auf eine bestimmte Person konkretisierte Interesse ist, das "direkte und persönliche Interesse" (1).
Die Rechtsprechung, insbesondere auch die des CE, macht diese Unterscheidung nicht. Der CE spricht von:
intérêt à l'annulation (2), intérêt a demander l'annulation (3), intérêt pour intenter un recours (4), also von dem Interesse, das der Betroffene an der Einlegung des REP hat. Aber in anderen Fällen stellt der CE darauf ab, ob ein Interesse des Klägers verletzt ist. Er stellt fest, daß ein Verwaltungsakt Interessen antastet (porte atteinte aux intérêts) (5), den Interessen schädlich ist (préjudiciable aux intérêts) (6) und läßt deswegen den REP zu. Das Schrifttum geht auf diese Unterscheidung meist nicht näher ein, sondern gebraucht die beiden Formeln nebeneinander (7). Tatsächlich besteht auch kein wesentlicher Unterschied zwischen ihnen (8). Jeder, dessen Interessen durch den angefochtenen Verwaltungsakt verletzt sind, und nur dieser, hat ein Interesse an der Aufhebung. Der CE sagt das einmal ganz klar in der Entscheidung vom 7. Januar 1955, Association des anciens élèves de l'ENA (9): "Die angefochtenen Dekrete können vielleicht die Interessen der Zivilbeamten des Innenministeriums verletzen . . . , aber die klagende Vereinigung, deren Mitglieder ihr nur als ehemalige Schüler der ENA (Ecole Nationale de l'Administration) angehören, hat kein Interesse und ist deswegen nicht befugt, die Annullierung der angefochtenen Dekrete zu verlangen."
Zunächst wird also festgestellt, daß zwar vielleicht die Interessen der Beamten verletzt seien - es ist zu ergänzen: nicht aber die Interessen der klagenden Vereinigung. Diese hat d e s h a l b kein Interesse an der Annullierung.

Ein Unterschied könnte sich nur daraus ergeben, daß für die Beurteilung des Interesses auf einen verschiedenen Zeitpunkt abgestellt wird, nämlich, je

(1) Cuche-Vincent, Procédure civile, S. 20
(2) CE vom 23. Mai 1947, Messner, Rec. S. 218
(3) CE vom 1. April 1955, Ville d'Arles, RDP 1955 S. 1017
(4) CE vom 28. Juli 1911, Delpech, Rec. S. 982
(5) CE vom 31. März 1950, Association des propriétaires de la circonscription de Dakar, Rec. S. 206
(6) CE vom 13. Februar 1925, William-Laraux, Rec. S. 145
(7) Vgl. z.B. Laubadère, Traité S. 462
(8) Bleckmann, La qualité pour agir dans le REP en droit français et allemand. Thèse Grenoble 1960
(9) Rec. S. 10

nachdem, auf den Augenblick, in dem der Verwaltungsakt erlassen wurde, oder auf den Augenblick des Urteils. Der CE zeigt sich hier aber großzügig. Es genügt, wenn das Interesse zur Zeit der Klageerhebung vorgelegen hat, CE vom 21. März 1958, Delteil (10), aber auch, wenn es zwischen Klageerhebung und Entscheidungsreife entstanden ist, CE vom 1. April 1938, Soc. d'Alcool dénaturé de Coubert (11).
In der Entscheidung Delteil ging es um folgenden Sachverhalt: Der Kläger, ein Beamter, focht die Entscheidung an, die einen seiner Kollegen zu einem höheren Rang beförderte, auf den er, der Kläger, selbst ein Anrecht zu haben glaubte. Zwischen Klageerhebung und Entscheidung wurde auch er selbst befördert, so daß die Benachteiligung wegfiel. Der Commissaire du Gouvernement Bernard vertrat in seinen Conclusions die Ansicht, man müsse auf den Zeitpunkt der Einlegung des REP abstellen. Der CE folgte ihm und stellte fest, der Kläger habe ein Interesse an der Anfechtung, sein REP sei also zulässig.
Die Soc. d'Alcool dénaturé hatte eine Entscheidung des Finanzministers angefochten, die den Verkaufspreis des Alkohols änderte. Die Verwaltung trug vor, zur Zeit der Einlegung des REP habe die Klägerin noch nicht die Erlaubnis besessen, denaturierten Alkohol herzustellen und habe daher kein Interesse an der Anfechtung gehabt. Der CE bemerkte dazu, es genüge, daß die Klägerin bei Erlaß der Entscheidung die Erlaubnis habe.

Um den Standpunkt zu verstehen, den die französische Rechtsprechung bei der Entscheidung über die Prozeßvoraussetzung des Interesses einnimmt, oder besser, die Methode, die sie dabei anwendet, muß man sich die beiden extremen Positionen klarmachen, zwischen denen sie oszilliert (12). Einerseits wäre es vorstellbar, jeden Bürger jeden Akt der öffentlichen Gewalt oder wenigstens jeden Verwaltungsakt anfechten zu lassen, weil er ja ein Interesse an der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns hat. Das wird im französischen wie im deutschen Schrifttum als Popularklage (action populaire) bezeichnet. Man ist sich darüber einig, daß dieser Weg praktisch nicht gangbar ist, obwohl er theoretisch einleuchten würde: Dem System des Rechtsstaates entspricht es am besten, jedem Bürger die Möglichkeit zu geben, gegen rechtswidrige Handlungen der Exekutive vorzugehen. Aber das würde zunächst dazu führen, daß die Verwaltungsgerichte mit einer Flut von Klagen überschwemmt würden, die wahrscheinlich zu einem großen Teil von Querulanten kämen. Dann würde aber auch die Verwaltung in ihrer Tätigkeit

(10) CE vom 21. März 1958, Delteil, Rec. S. 189 Concl. Bernard
(11) CE vom 1. April 1938, Soc. l'alcool dénaturé de Coubert, Rec. S. 387
(12) Mignon, Une évolution inachevée: La notion d'intérêt ouvrant le REP. D. 1953 Chron. S. 121

übermäßig gehemmt. Ihre Hauptsorge wäre, Prozesse zu führen - oder zu vermeiden. Die Angst vor Prozessen würde ihre Aktivität oder Entscheidungsfreudigkeit beschneiden (13). Schließlich würden auch die Interessen der Bürger beeinträchtigt . Um sich auf den Bestand eines Verwaltungsaktes verlassen zu können, müßten sie immer den Ausgang der Anfechtungsprozesse abwarten. Der REP hat zwar im Gegensatz zur Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung, aber die Unsicherheit bleibt doch bis zum Ende des Verfahrens bestehen. Sie wäre unerträglich, wenn die Anfechtung von Verwaltungsakten zur Regel würde. Mignon (14) führt als historischen Grund für die Ablehnung der Popularklage noch an, der CE habe diesen Weg vermieden, weil sonst die Gefahr bestanden hätte, die Regierung zu irritieren und zur gesetzlichen Beseitigung des von der Rechtsprechung geschaffenen Rechtsbehelfes zu veranlassen.

Die entgegengesetzte Lösung besteht darin, den Rechtsbehelf von der Geltendmachung einer Rechtsverletzung abhängig zu machen. Das ist der Weg, den die deutsche Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft gegangen sind. Auch der CE hat ihn eine Zeit lang beschritten. Mit dem REP konnten bis 1864 nur Unzuständigkeit, Formverletzung und Befugnismißbrauch (détournement de pouvoir) gerügt werden. Der CE ließ dafür das Interesse genügen. Daneben bestand noch ein anderes Rechtsinstitut, nämlich der "recours pour violation de la loi et des droits acquis" (15). Hier verlangte der CE als Zulässigkeitsvoraussetzung die Geltendmachung einer Rechtsverletzung. Als nun durch das Dekret vom 2. November 1864 für den REP die Abschaffung des Anwaltszwanges und eine Kostenermäßigung angeordnet wurden, bezog der CE den recours pour violation de la loi et des droits acquis in den REP ein, um auch ihn an den praktischen Vorteilen teilhaben zu lassen. Zu den drei bislang bestehenden Aufhebungsgründen (cas d'ouverture) kam als vierter nun die violation de la loi et des droits acquis. Diese Rechtsprechung begann mit der Entscheidung des CE vom 13. März 1867, Bizet (16). Angefochten war die Verweigerung der Erteilung eines Jagdscheines. Nach dem Gesetz muß dieser grundsätzlich erteilt werden; nur bestimmten Kategorien von Personen kann, anderen muß er verweigert werden. Der Kläger erhob den REP und behauptete, zu keiner dieser Gruppen zu gehören, rügte also eine Gesetzesverletzung. Der Commissaire du Gouvernement Aucoc sagte dazu, wenn schon Form- und Zuständigkeitsmängel nachgeprüft würden,

(13) Chenot, Concl. zu CE vom 10. Februar 1950, Gicquel, Rec. S. 101
(14) Mignon a.a.O. S. 122
(15) Siehe zum folgenden Hauriou, Précis 4. Aufl. S. 291 f.
(16) Rec. S. 273 Concl. Aucoc

warum dann nicht auch inhaltliche Mängel des Aktes. Das sei eine Lücke, die ausgefüllt werden müsse. Der CE folgte ihm und ließ den REP zu. Grundsätzlich forderte er aber, wenn sich der Kläger auf diesen neuen Aufhebungsgrund berief, weiterhin die Geltendmachung einer Rechtsverletzung. Als Beispiel sei zitiert die Entscheidung des CE vom 11. November 1887, Lefebvre (17). Der Kläger focht einen Erlaß des Kriegsministers an, in dem ein bestimmtes Examen näher geregelt wurde. Der Kläger war zu diesem Examen nicht zugelassen worden. Der CE wies den REP als unzulässig ab. Die Entscheidung des Kriegsministers betreffe den Kläger nicht persönlich und habe keines seiner wohlerworbenen Rechte verletzt. Der Commissaire du Gouvernement Gauwain stellte fest, der vierte Aufhebungsgrund müsse genau heißen:
Verletzung eines durch das Gesetz anerkannten und garantierten Rechtes. Die Verletzung eines solchen Rechtes müsse schon als Zulässigkeitsvoraussetzung geltend gemacht werden, während für die anderen Aufhebungsgründe eine Interessenverletzung genüge.
Der CE hielt daran noch fest in der Entscheidung vom 11. Dezember 1903, Lot (18). M. Dejean war zum Archivdirektor ernannt worden, obwohl er das dafür geforderte Diplom nicht hatte. Der Kläger aber hatte es. Der CE ließ seinen REP gegen die Ernennung zu mit der Begründung, die Vorschrift, die für die Archivdirektoren dieses bestimmte Diplom verlange, verleihe den Inhabern dieses Diploms ein ausschließliches Recht auf diese Stellungen. Der Begriff des subjektiven Rechtes ist hier schon sehr weit ausgedehnt und man hat den Eindruck, daß der CE nur noch äußerlich an der Geltendmachung einer Rechtsverletzung als Zulässigkeitsvoraussetzung festhält, in Wirklichkeit aber schon ein Interesse genügen läßt. Der Commissaire du Gouvernement Arrivière sagte in seinen Conclusions (19): "Die Interessen und die Rechte, das ist hier das Gleiche." Es verwundert daher nicht, daß der CE in der Entscheidung vom 1. Juni 1906, Alcindor et autres (20), an der Formel von der Verletzung eines subjektiven Rechtes auch äußerlich nicht mehr festhielt. Der Kläger rügte zusammen mit anderen Beamten des Innenministeriums die Ernennung von neuen Kollegen, die angeblich die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllten. Es ist klar: Ein Recht der Kläger war dadurch nicht verletzt. Der CE ging auf die Frage der Klagebefugnis gar nicht ein, sondern prüfte sofort die Begründetheit, was zur Annullierung der angefochtenen Ernennungen führte. Nur im letzten Fall stellte der CE fest, daß der Minister

(17) Lefebvre, D. 1888 III S. 121 Concl. Gauwain
(18) S. 1904 III S. 113 Anm. Hauriou, GA S. 52
(19) zit. in der Anm. von Hauriou
(20) Vier Entscheidungen, Rec. S. 515 ff.

die angefochtenen Erlasse nicht zurückgenommen habe. Die Kläger hätten daher ein Interesse daran, die Legalität zu bestreiten.
In der Entscheidung vom 27. November 1908, Alcindor (21), gab der CE das subjektive Recht als Zulässigkeitsvoraussetzung nicht mehr nur konkludent, sondern ausdrücklich auf. Der Kläger, Beamter im Innenministerium, war in die Liste der für eine Beförderung Geeigneten aufgenommen worden. Der Innenminister hatte aber auch einen Beamten auf die Liste gesetzt, der nach Ansicht des Klägers die in einem Dekret geregelten Voraussetzungen für die Beförderung nicht erfüllte. Der CE ließ den REP dagegen zu. Die "sous-chefs de bureau" (das war der nächsthöhere Rang für den Kläger und seine Konkurrenten) würden ausschließlich unter den auf die Liste gesetzten Beamten ausgewählt. Die Eintragung auf die Liste gebe zwar den Beamten kein unmittelbares oder sicheres Recht auf Beförderung, sei aber doch die notwendige Bedingung dafür. Daraus folge, daß der Kläger ein Interesse an der Anfechtung einer ministeriellen Entscheidung habe, die eine unrechtmäßige Eintragung in die Liste bewirke.

Im Rückblick erscheint diese Entwicklung logisch und unvermeidlich. Der REP mußte seiner Funktion nach eine "Nichtigkeitsklage allgemeiner Art für alle Fälle der Illegalität" (22) werden. Er sollte in jedem Fall "ein Mittel sein, die Legalität zu sichern im Interesse der guten Verwaltung" (22a). Deshalb mußte der CE seine Kontrolle über Unzuständigkeit und Formmängel hinaus auf alle anderen Gesetzesverletzungen erstrecken und er mußte, auch das scheint mir folgerichtig, auf das subjektive Recht als Zulässigkeitsvoraussetzung verzichten (23). Um eine Angleichung der Zulässigkeitsvoraussetzungen bei den vier cas d'ouverture zu erzielen, gab es zwei Möglichkeiten. Entweder man forderte für alle die Geltendmachung einer Rechtsverletzung oder man ließ für alle das Interesse genügen. Beide Wege wurden vorgeschlagen. Der CE entschied sich für den zweiten, während die herrschende Meinung in Deutschland für die Anfechtungsklage den ersten Weg für richtig hält. Hier ist nun der Ort, die Argumente für und wider die beiden Möglichkeiten abzuwägen.

Zur Begründung der Regelung des § 42 Abs. 2 VwGO, der verlangt, daß der Kläger die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechtes geltend macht, wird angeführt, dies sei zur Ausschaltung der Popularklage nötig.

(21) Alcindor, Rec. S. 973 (22) Hauriou, Précis 4. Aufl. S. 292
(22a) Hauriou a.a.O. S. 310
(23) Vor der Entsch. Alcindor, 1906, war streitig, ob die Verletzung eines Rechtes nur geltend gemacht werden mußte, um mit dem REP zugelassen zu werden, oder ob auch im Rahmen der Begründetheit die Verletzung geprüft wurde. Für die erste Meinung Hauriou (4. Aufl. S. 311 Fußnote 1), für die zweite Laferrière (Traité Bd. 2 S. 507). Die Rechtsprechung des CE gibt keine Anhaltspunkte zur Entscheidung dieser Frage.

Dieses Argument ist nicht haltbar. Gerade die Rechtsprechung des CE zeigt, daß auch das Erfordernis der Verletzung eines Interesses genügt, um die Popularklage auszuschalten. Es gibt sehr viele Fälle, in denen der Staatsbürger ein sehr starkes und beachtenswertes Interesse an der Anfechtung hat, ohne daß ihm ein subjektives Recht im Sinne der h.L. zusteht (24). Tatsächlich wurde im Regierungsentwurf der VwGO zunächst keine Rechtsverletzung gefordert: "Soweit nichts anderes bestimmt wird, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger behauptet, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung beschwert zu sein." (25) Leider wurde dieser Entwurf im Bundesrat geändert, aus Gründen, die keineswegs überzeugen (26). Mit Beschwer ist wohl die tatsächliche Beeinträchtigung gemeint, ebenso wie mit der Interessenverletzung, die der CE fordert. Das genügt, um die "Popularnörgelei" (27) zu verhindern. Eine ähnliche Formel verwendet das bernische Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 22. 10. 1961, Art. 16 Abs. 1 (Randtitel: Klagebefugnis): "Zur Beschwerdeführung beim Verwaltungsgericht ist befugt, wer an der Anfechtung des Verwaltungsentscheids ein schutzwürdiges eigenes Interesse dartut." (28) Dieses Interesse ist wohl dann gegeben, wenn der Beschwerdeführer durch den Entscheid in seinen Interessen verletzt wird.

Die Grundstruktur, man könnte auch sagen, der Mechanismus des REP und der Anfechtungsklage sind im wesentlichen ähnlich: Prüfung von Rechtshandlungen der Verwaltung und Aufhebung (Annullierung) der rechtswidrigen Akte. Beide Rechtsinstitute stellen eine Sanktion dar für die Bindung der Verwaltung an die Rechtsnormen, für ihre Unterordnung vor allem unter die Anordnungen des Gesetzgebers, in denen der politische Wille der staatlichen Gemeinschaft zum Ausdruck kommt, aber auch für die Bindung der Verwaltung an die von ihr selbst erlassenen Normen. Diese Bindung wird durch Gerechtigkeit (Grundsatz der Gleichbehandlung) und Rechtssicherheit (Voraussehbarkeit der Entscheidungen der Verwaltung)gefordert.

Diese wesentliche Funktion als Sanktion des Legalitätsprinzips erscheint ganz klar bei der Betrachtung des REP. Sie wird aber auch von der Anfech-

(24) Bettermann, Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß. In: Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. 2 S. 449, hier S. 456 ff.

(25) Zitiert bei Bettermann S. 462

(26) siehe Bettermann a.a.O.

(27) Gygi, Ein gesetzgeberischer Versuch zur Lösung des Problems des Klagerechts im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß. AöR Bd. 88 S.411, hier S. 413

(28) zitiert bei Gygi S. 413

tungsklage erfüllt, trotz des Wortlautes der Paragraphen 42 Abs. 2 und 113 Abs. 1 VwGO, die ihr ausschließlich eine Funktion zum Schutz der subjektiven Rechte der Staatsbürger zuzuweisen scheinen. In Wirklichkeit findet auch eine objektive Rechtskontrolle statt. Um sie zu ermöglichen, wird der Begriff des subjektiven Rechtes soweit ausgedehnt, daß er fast alle Substanz verliert. In einem Rechtsbehelf, in dessen Rahmen die Einhaltung des objektiven Rechtes geprüft wird, ist nämlich der Begriff des subjektiven Rechtes ein Fremdkörper. Andererseits ist ein Verfahren, das nur zur Aufhebung von Verwaltungsakten - und zu nichts weiter - führen kann, zur Durchsetzung subjektiver Rechte nur insoweit geeignet, als es sich um den Schutz absoluter Rechte gegen Eingriffe durch die Verwaltung handelt. Nicht jeder Verwaltungsakt hat aber einen solchen Eingriff zum Gegenstand. Trotzdem ist auch gegen die anderen Verwaltungsakte die Anfechtungsklage gegeben, eben wegen ihrer Funktion als Sanktion des Legalitätsprinzips, eben weil sie das einfachste Mittel ist, um die objektive Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes durch ein Gericht prüfen zu lassen. Die Rechtsprechung kontrolliert, weil sie die Notwendigkeit einer Sanktion des Legalitätsprinzips erkennt, im Rahmen des Anfechtungsverfahrens auch die Einhaltung der Zuständigkeits- und Formvorschriften. Dazu war es in gewissen Fällen notwendig, ein Recht des Einzelnen auf Einhaltung dieser Vorschriften anzunehmen (29). Es ist zunächst schon schwierig, ein solches Recht nachzuweisen. Die h.L. definiert das subjektive öffentliche Recht: "Subjektives Recht ist seinem Inhalt nach eine dem Einzelnen durch das objektive Recht zuerkannte Willensmacht oder Rechtsmacht, seinem Zweck nach ein Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen und zwar grundsätzlich der eigenen Interessen des Inhabers jener Rechtsmacht." (29a) Daraus wird gefolgert, daß nur der Rechtssatz ein subjektives Recht begründen könne, der mindestens auch zum Schutz der Interessen des Einzelnen bestimmt ist. Nun wären zwar Rechtsnormen denkbar, die es dem Einzelnen erlauben würden, die Einhaltung von Zuständigkeits- und Formvorschriften zu verlangen. Aber man kann nicht behaupten, daß alle geltenden Vorschriften dieser Art zur Befriedigung von Individualinteressen bestimmt seien. In der Mehrzahl der Fälle ist es nicht so. Die Verteilung der Kompetenzen zwischen der mittleren und der unteren Verwaltungsbehörde z. B.

(29) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. II 2 zu § 42 VwGO und die dort zitierten Entscheidungen.
Eine ähnliche Auffassung wurde früher auch in der französischen Lehre vertreten, nämlich von Barthélémy, der als Voraussetzung für die Zulässigkeit des REP die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechtes forderte und deswegen gezwungen war, diese Auffassung zu vertreten. - Barthélémy, Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français. Thèse Toulouse 1899.

erfolgt doch nicht im direkten Interesse bestimmter Staatsbürger, sondern zu dem Zweck, durch zweckmäßige Organisation eine leistungsfähige Verwaltung zu sichern. Das Gleiche gilt für Form- und Verfahrensvorschriften, soweit sie nicht die Beteiligung des Betroffenen selbst, etwa seine Anhörung, regeln.

Aber selbst wenn man solche subjektiven Rechte annimmt, so erfüllen sie doch nicht die Funktion, die sie im Rahmen des § 42 Abs. 2 VwGO übernehmen sollen: den Kreis der Klagebefugten abzugrenzen. Wenn man ein solches Recht des Staatsbürgers annimmt, so ist noch nicht geklärt, wem es in einem konkreten Fall zusteht; sicher nicht allen Staatsbürgern, denn das würde zur Popularklage führen. Andererseits wäre es zu eng, das Recht nur dem Adressaten des Verwaltungsaktes oder dem am Verwaltungsverfahren tatsächlich Beteiligten einzuräumen. Wenn man es aber den "Betroffenen" zuerkennt, so ist das Kriterium für die Klagebefugnis eben nicht mehr das subjektive öffentliche Recht, sondern das genügende Interesse, das von der Rechtsprechung im Einzelfall festgestellt wird. Das gleiche Problem taucht auf, wenn das Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch in Frage steht. Wem soll es zustehen, wenn nicht dem rein tatsächlich Betroffenen, dem in seinen Interessen Beeinträchtigten ? Im Bereich der Begründetheit tauchen bei der Anwendung dieser Hilfskonstruktionen allerdings keine Schwierigkeiten auf. Dort haben sie aber auch nur die Funktion, dem Wortlaut des § 113 Abs. 1 Genüge zu tun und die Aufhebung des Verwaltungsaktes zu ermöglichen, obwohl eigentlich nur objektives Recht verletzt wurde.

Die Einführung des Begriffes des subjektiven Rechtes zur Bestimmung der Klagebefugnis hat deren Feststellung im Einzelfall keineswegs erleichtert. Es läuft häufig auf die Frage hinaus, ob eine Vorschrift zugunsten einer bestimmten Personengruppe ergangen ist oder nicht. Darauf gibt es meist keine sichere Antwort. Jede Ansicht ist vertretbar. Ebenso unsicher ist, was unter "geltend machen" im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO zu verstehen ist: das bloße Behaupten (30), die Anführung von Tatsachen zur Begründung dieser Behauptung (31), oder gar ein schlüssiges Vorbringen (32). Oft hat man das Gefühl, daß die Rechtsprechung vom Ergebnis her urteilt.

(29a) Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 287 ff., hier S. 292

(30) Bettermann a.a.O.

(31) Eyermann-Fröhler, VwGO § 42 RN 84

(32) Ule, VwGO § 42 Anm. III 1

Wenn die Klage zugelassen werden soll, so wird angenommen, daß die Verletzung eines subjektiven Rechtes geltend gemacht sei. Ob die Klage zulässig ist, entscheidet der Richter wohl danach, ob das Interesse des Klägers an der Anfechtung so gewichtig ist, daß es den Aufwand einer materiellen Prüfung lohn Das aber hängt wieder davon ab, welche Interessen des Klägers durch den Verwaltungsakt verletzt sind. In diesen Fällen nimmt der deutsche Verwaltungsrichter also im Grunde dieselbe Interessenbewertung vor, die der CE offen als Methode zur Bestimmung der Klagebefugnis anwendet.

Überhaupt krankt § 42 Abs. 2 VwGO daran, daß der Gesetzgeber anscheinend von absoluten Rechten der Art ausgegangen ist, wie sie in § 823 Abs. 1 BGB aufgeführt sind (33). Nur in solche Rechte kann tatsächlich eingegriffen werden, ohne daß der Eingriff rechtswidrig ist. So ist etwa die Sicherstellung (34) ein Eingriff in das Eigentum, der aber rechtmäßig ist, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Hier ist noch eine scharfe Trennung zwischen Zulässigkeit und Begründetheit möglich. Der Eingriff in Rechte des Klägers ist eine Zulässigkeitsvoraussetzung, die Rechtswidrigkeit des Eingriffs macht die Klage begründet. Eine solche Unterscheidung ist aber in den - sehr häufigen - Fällen unmöglich, in denen es sich nicht um einen Eingriff in ein absolutes Recht handelt. Nehmen wir als Beispiel die Verletzung einer Bauvorschrift, die zum Schutz des Nachbarn ergangen ist und diesem daher ein subjektives Recht verleihen soll. Wie kann in ein solches Recht eingegriffen werden, ohne daß objektives Recht verletzt wird und der Verwaltungsakt rechtswidrig ist ? Hier zeigt sich wieder: Es geht in Wirklichkeit darum, auf Antrag des Betroffenen nachzuprüfen, ob die Verwaltung das objektive Recht verletzt hat. Das subjektive Recht ist eine Hilfskonstruktion, die errichtet wurde, um das gewünschte Ergebnis mit dem Begriffsapparat der VwGO zu begründen. Das kann aber dazu führen, daß die wahren Entscheidungsgründe verdeckt bleiben.

Auf einigen Gebieten verdient die deutsche Rechtsprechung allerdings deswegen Kritik, weil sie bei der Zulassung der Klagen zu vorsichtig ist und deshalb den Bürger ohne Rechtsschutz läßt. Auf diese Fälle wird bei der anschließenden Darstellung der französischen Rechtsprechung, die bei der Zulassung des REP nicht so zurückhaltend ist, jeweils hingewiesen.

Beim Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO ist die Antragsbefugnis mit Recht an den gegenwärtigen oder zu erwartenden Nachteil geknüpft, den de Antragsteller durch die Norm erleidet. Trotzdem ist es keineswegs zu einem

(33) Rupp, Kommentare zur VwGO. AöR Bd. 88 S. 479, hier S. 486 f.
(34) Art. 23 bayer. PAG

Mißbrauch dieses Verfahrens gekommen.

Grundsatz ist also, daß die Verletzung eines Interesses für die Zulassung eines REP genügt. Es ist nicht richtig, wenn Bleckmann (35) meint, die Klagebefugnis werde "durch die Behauptung der Verletzung einer im Klägerinteresse ergangenen Rechtsnorm begründet."
Bleckmann gibt nicht an, worauf sich diese Ansicht stützt. Dagegen sagte der Commissaire du Gouvernement Teissier (36) ausdrücklich: "Ohne Zweifel ist das Bauverbot ... nicht zugunsten der anliegenden Grundstücke ergangen. Aber daraus folgt keineswegs, daß der Kläger kein Interesse daran hat, die Anordnung zur Bestimmung der Baulinie anzufechten; denn jeder Anlieger eines öffentlichen Weges ist berechtigt, Verwaltungsakte anzugreifen, die auf sein Grundstück einwirken. In diesem Punkt sind sich Lehre und Rechtsprechung einig." Der CE prüft nur ganz selten, ob die Norm, deren Verletzung gerügt wird, im Interesse des Klägers ergangen ist. Er tut es manchmal in den Fällen, in denen er noch eine Rechtsverletzung als Voraussetzung für ein genügendes Interesse fordert.
Das ist der Fall für die REP der Beamten gegen sie betreffende Entscheidungen. Der CE läßt sie nur dann zu, wenn Eingriffe in den Status der Beamten geltend gemacht werden. CE vom 7. Dezember 1956, Delecluse-Desfresne (37), CE vom 17. Februar 1950, Moehrle (38). Bleckmann meint weiter, daß zwar der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes immer klagebefugt sei, ein Dritter aber nur dann, wenn er in seinen Rechten verletzt sei. Auch das ist nicht richtig. Auch beim Dritten kommt es vielmehr in aller Regel nur auf die Interessenverletzung an. Siehe dazu die unten wiedergegebenen Entscheidungen des CE, besonders über das Interesse des Beamten (II), des Nachbarn (III), des Anliegers (IV), des Steuerpflichtigen (V) und des Einwohners (VI). In all diesen Fällen ist von einer Verletzung subjektiver Rechte keine Rede. Die Arbeit von Bleckmann leidet daran, daß sie zu sehr aus dem Blickwinkel des deutschen Rechtes konzipiert ist und versucht, den französischen Rechtszustand in Begriffe des deutschen Rechtes zu pressen.

Die nachfolgende Darstellung der Rechtsprechung des CE ist nicht vollständig, aber so repräsentativ wie möglich. Die Ergebnisse können natürlich nicht ohne weiteres auf deutsche Verhältnisse übertragen werden, wohl aber die sehr elastische Methode und die Großzügigkeit, mit der die Klagebefugnis anerkannt wird.

(35) Bleckmann, Das schutzwürdige Interesse als Bedingung der Klagebefugnis am Beispiel des französischen Verwaltungsrechts. Verw. Arch. Bd. 49 S. 213
(36) In den Concl. zu CE vom 12. November 1909, Chevallier, Rec. S. 859
(37) Rec. S. 466
(38) S. 1950 III S. 99

Es ist bis jetzt nicht gelungen, die Ergebnisse der Rechtsprechung in wenigen Sätzen zusammenzufassen (39). Einen bemerkenswerten Versuch hat der Commissaire du Gouvernement Mosset unternommen (40).
Nach ihm ist die Anerkennung eines Interesses, das den REP eröffnet, einer zweifachen Bedingung unterworfen:
Die angefochtene Entscheidung muß den Kläger materiell oder moralisch verletzen, sie muß für ihn auf der einen oder anderen Ebene nachteilige Folgen haben. Aber diese Folgen müssen den Kläger in einer bestimmten Eigenschaft, in einer besonderen Stellung treffen, insoweit er zu einer bestimmten und abgrenzbaren Kategorie gehört. Ein Interesse, das der Kläger mit allen Staatsbürgern gemeinsam hat, genügt nicht (41). Auf lokaler Ebene reicht dagegen die Eigenschaft als Einwohner aus, weil hier schon eine geographische Beschränkung gegeben ist (42). Wie genau und eng umgrenzt die Kategorie sein muß, zu der der Kläger gehört, ist damit noch nicht entschieden. Hier hilft nur eine Darstellung typischer Fallgruppen aus der Rechtsprechung, wie sie im folgenden versucht werden soll. Die Richtung der Entwicklung ist aber klar. Seit einem Jahrhundert tendiert sie zu einer ständigen Erweiterung des Kreises der Anfechtungsberechtigten (43). Besonders seit Beginn des 20. Jahrhunderts ist eine starke Annäherung an die Popularklage festzustellen. Wichtige Etappen auf diesem Wege sind die schon zitierten Entscheidungen vom 1. Juli 1906, Alcindor (44), weiter CE vom 29. März 1901, Casanova (45), Ce vom 28. Dezember 1906, Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges (46) und CE vom 12. November 1909, Chevallier (47). Diese Entwicklung, die zu Beginn des 20. Jahrhunderts zu einer explosionsartigen Erweiterung der Klagebefugnis führte, wurde durch folgende Faktoren gefördert: Anerkennung des

---

(39) Chenot und Mignon a. a. O.

(40) In den Concl. zu CE vom 26. Oktober 1956, Ass. générale des administrateurs civils. RDP 1956 S. 1305

(41) Siehe CE vom 25. Juni 1920, Le Doussal et Métour, Rec. S. 639; vom 23. Dezember 1959, Soc. du Journal l'Aurore, RDP 1960 S. 353

(42) CE vom 21. Februar 1934, Desbois, Rec. S. 251; vom 6. Februar 1931, Doré, Rec. S. 156.
Siehe weiter Concl. Laurent zu CE vom 2. April 1954, Gaebelé, Rec. Penant 1954 S. 262

(43) Mignon a. a. O. S. 122; Laurent und Chenot a. a. O.

(44) Alcindor, Rec. S. 515

(45) Casanova, S. 1901 III S. 73, siehe dazu unten VI.

(46) Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges, Rec. S. 977 Concl. Romieu

(47) Chevallier, Rec. S. 865, Concl. Teissier, dazu unten IV

REP durch den Gesetzgeber (1872), Anerkennung der Vergrößerung der Richtermacht durch Regierung und Rechtslehre, Bewußtwerdung des Legalitätsprinzips (48), begünstigt vielleicht durch das reinigende Gewitter der Affäre Dreyfus. In diesem Stadium der Entwicklung handelte es sich für den CE vor allem darum, Kategorien von Klagebefugten aufzustellen, um über die Zulässigkeit des REP Klarheit zu schaffen. So wurde eine gewisse Zahl von objektiven Kriterien für die Klagebefugnis definiert, wie etwa die Zugehörigkeit zu einer Gemeinde, die Eigenschaft als Anlieger. Zu solchen Grundsatzentscheidungen hat der CE jetzt nur noch selten Gelegenheit. Er hat nun meist im Einzelfall darüber zu entscheiden, ob ein materielles oder moralisches Interesse verletzt ist (49). Diese Entwicklung ist noch nicht abgeschlossen. Für die Rechtsfortbildung ist noch Raum.

I. Das moralische Interesse

Der CE erkannte schon bald an, daß nicht nur die Verletzung von materiellen Interessen den REP eröffnet. CE vom 8. Februar 1908, Abbé Déliard (50): Es handelt sich um einen Rechtsstreit, der eine Folge des Gesetzes über die Trennung von Kirche und Staat (1905) war. Eine Gemeinde hatte mit einer freireligiösen Vereinigung (association cultuelle) einen Vertrag abgeschlossen, der dieser für neun Jahre die Benutzung der Kirche zusicherte. Der katholische Pfarrer hatte eine einstweilige Verfügung erwirkt, die ihm ein Besitzrecht an der Kirche zusprach. Nun ließ der Bürgermeister die Kirche "bis auf weiteres" ganz schließen, weil eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bestehe. Gegen diese Maßnahme wandte sich Abbé Déliard zunächst an den Innenminister und, als dieser nicht antwortete, mit dem REP an den CE. Der Innenminister hielt ihn für unzulässig. Aber der Commissaire du Gouvernement Chardenet plädierte für die Zulässigkeit. Alle Gläubigen einer Gemeinde und die Religionsdiener könnten eine solche Entscheidung, die die Religionsfreiheit antaste, anfechten. Der CE schloß sich dieser Ansicht an und sagte ausdrücklich, der Kläger habe, wie jeder Gläubige der Gemeinde, ein Interesse daran, die Entscheidung des Bürgermeisters anzufechten.

CE vom 13. Mai 1949, Bourgoin (51): Der Kläger, Oberstleutnant, focht eine Ministerialentschließung an, welche die Erteilung der "Frontkämpferkarte" regelte. Diese sollte nach dem Gesetz nur Personen erteilt werden,

(48) Mignon a. a. O. S. 122

(49) Debbasch, Anm. zu CE vom 22. November 1963, Dalmas de Polignac, D. 1964 S. 161

(50) S. 1908 III S. 49 Concl. Chardenet Anm. Hauriou

(51) Rec. S. 214

die aktiv am Kampf gegen den Feind teilgenommen hatten. Der CE ließ den REP zu. Der Kläger erfülle die Voraussetzung für die Erteilung der Karte und habe daher ein Interesse daran, die Regelung anzufechten. Der CE steckte also hier die Grenzen schon sehr weit.
Im Fall Guyader, CE vom 10. Juli 1954 (52), hielt er auch diese weiten Grenzen für überschritten. Bernard Petit war am 17. Mai 1951 wegen Beihilfe zum Mord zu fünf Jahren Zuchthaus verurteilt worden. Am 30. September 1952 hatte ihm der Staatssekretär im Kriegsministerium erlaubt, sich für drei Jahre zum Dienst bei einer Fallschirmjäger-Einheit in Indochina zu verpflichten. Der Vater des Ermordeten focht die Entscheidung des Staatssekretärs an, weil diese Erlaubnis das Andenken seines Sohnes verletze. Der CE wies den REP als unzulässig ab. Das Gefühl des Klägers, so achtenswert es sei, könne ihm doch nicht ein Interesse im Rechtssinn an der Anfechtung der Entscheidung verleihen.

II. Die Interessen der Beamten

1. Unanfechtbar sind Maßnahmen, die nur die Organisation der Behörde betreffen (53).

CE vom 7. Dezember 1956, Delecluse-Desfresne (54): Aus der Entscheidung geht nicht hervor, welcher Art die angefochtene Entscheidung war. Der CE stellte in der Begründung nur fest, daß sie die Organisation eines service public betreffe. Sie taste weder die Rechte der Klägerin aus ihrem Status an, noch die Vorrechte, die an ihre Stellung geknüpft seien. Die Klägerin könne also die Legalität der Entscheidung nicht bestreiten. Hier zeigt sich wieder, daß die Unterscheidung zwischen den beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen "acte faisant grief" und "intéret pour agir" nicht scharf ist. Es wäre ohne weiteres möglich, den angefochtenen Akt als "mesure d'ordre intérieur" zu qualifizieren.
Ähnlich CE vom 17. Februar 1950, Moehrle (55): Die Ermäßigung des Fahrpreises auf den Eisenbahnen für ihre Angestellten sei nicht in ihrem eigenen Interesse, sondern im Interesse des service ergangen. Die angefochtene Entscheidung, die den Angehörigen der Handelsmarine dieses Privileg entziehe, taste kein Recht an, das zum Status des Personals gehöre. Die Klagebefugnis des Klägers sei also nicht gegeben.

(52) Rec. S. 468
(53) So auch BVerwG NJW 1961 S. 1323
(54) Rec. S. 466
(55) S. 1950 III S. 99

Die Beamten können auch nicht die Akte anfechten, mit deren Ausführung sie betraut sind, CE vom 27. Februar 1914, Payaud (56). Der Kläger, Commissaire de police der Stadt Paris, focht ein Rundschreiben des Polizeipräfekten an, das die Verfolgung der Übertretungen der Reisegewerbetreibenden (marchands ambulants) betraf. Er hielt sich dafür sowohl als Polizist, als auch als Einwohner der Stadt für berechtigt. Der CE wies den REP als unzulässig ab. Der Kläger sei als Polizeikommissär nicht in der Lage (n'a pas qualité), die Legalität eines Aktes des Präfekten anzufechten, mit dessen Anwendung er betraut sei. Er habe auch kein direktes und persönliches Interesse an der Annullierung des Aktes.

2. Die Maßnahmen sind aber anfechtbar, wenn sie mindestens auch den Beamten betreffen.

CE vom 4. Dezember 1935, Canat et autres (57): Angefochten war ein Dekret, das die wöchentliche Stundenzahl der Lehrer an höheren Schulen festsetzte. Der CE stellte fest, daß die Kläger in ihrer Eigenschaft als Lehrer an höheren Schulen ein Interesse daran hätten, die Vorschriften des Dekrets mit dem REP anzufechten.
Auch die Angehörigen der Beamten können ein Interesse an der Anfechtung haben. In der Entscheidung vom 6. März 1964, Veuve Roguet (57a), ließ der CE den REP einer Witwe gegen die Entlassung ihres verstorbenen Mannes zu.
Der CE ist auch immer bereit, das Interesse des Beamten an seiner Karriere anzuerkennen und dadurch zu schützen, daß er den REP gegen die Anstellung und Beförderung von Beamten desselben Dienstgrades zuläßt.
CE vom 11. Dezember 1903, Lot, und vom 18. März 1904, Savary (58). In der Entscheidung Savary war die Lage ähnlich: Einige Beamte, zum großen Teil Unterpräfekten, waren zu Inspektoren zweiter Klasse in der Sozialverwaltung ernannt worden. Der Kläger, der diesen Rang schon hatte, focht diese Ernennungen an. Der CE stellte fest, der Kläger habe ein ausreichendes persönliches Interesse an der Anfechtung. In der Anmerkung zu diesen Entscheidungen deckt Hauriou die Probleme auf, die hinter ihnen stehen. Es gibt in Frankreich die Einrichtung der politischen Beamten. Das sind die obersten Ministerialbeamten, die Präfekten, die Unterpräfekten und die Präfektursekretäre. Deren Stellung ist zwar glänzend, aber unstabil. Sie suchen deshalb

(56) Rec. S. 257
(57) Rec. S. 1135
(57a) RDP 1965 S. 180
(58) S. 1904 III S. 113 Anm. Hauriou

nach einiger Zeit einen sicheren Posten. Aber auf die Stellungen, die sie dann anstreben, warten in der Regel schon die Laufbahnbeamten, die jahrzehntelang treu gedient haben und nun - nicht ganz ohne Grund - glauben, ein Recht auf diese Stellungen zu haben. Der CE läßt ihren REP zu, wenn ihnen ein politischer Beamter vor die Nase gesetzt worden ist, und prüft nach, ob dieser die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen erfüllt.
In der Entscheidung vom 26. Dezember 1925, Rodière (59), ging es wieder um Beförderungen, dieses Mal innerhalb eines Ministeriums. Gegen seine sonstige Übung sagte der CE hier generell, wann ein Beamter die Beförderung seiner Kollegen anfechten könne. "Die Beamten eines Zweiges der öffentlichen Verwaltung können die illegalen Ernennungen innerhalb dieses Zweiges anfechten, wenn diese sie dadurch schädigen, daß sie ihre eigene Beförderung verzögern oder ihnen jetzt schon für diese Beförderung Konkurrenten schaffen, die den Laufbahn-Vorschriften nicht genügen. Daraus folgt, daß die Beamten ein Interesse aus der Anfechtung von Ernennungen haben, soweit diese Ernennungen zu einem höheren Grad, zu einer höheren Klasse des gleichen Grades oder zu der gleichen Klasse erfolgen, zu der die Anfechtenden selbst gehören." Die Beamten könnten sogar Ernennungen zu unteren Klassen anfechten, wenn ihnen dadurch Konkurrenten für eine spätere Beförderung entstünden.
Die Gründe des CE sind natürlich nicht so zu verstehen, daß die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Akte eine Zulässigkeitsvoraussetzung ist. Der Kläger muß aber behaupten, daß der Akt rechtswidrig ist. Er muß die ihm anhaftenden Mängel ausdrücklich rügen. Nur einige Fehler werden von Amts wegen geprüft (60).
Die deutsche Rechtsprechung macht es dem Beamten viel schwerer, sein Interesse auf Beförderung durchzusetzen. So findet - wenigstens im Anfechtungsverfahren - keine richterliche Kontrolle der Einhaltung der Laufbahnvorschriften statt. Wer soll eine rechtswidrige Ernennung oder Beförderung anfechten, wenn nicht die Beamten, die rechtmäßigerweise hätten ernannt werden können ? In der Rechtsprechung taucht immer wieder die Formel auf, der Beamte habe kein Recht auf Beförderung (61). Aber wieso sind die Beförderungsvorschriften nicht zugunsten der Beamten ergangen, wohl aber die Vorschriften über die Besoldung ? Diese ist ja auch kein Entgelt für die Leistungen des Beamten, sondern soll nur seinen standesgemäßen Unterhalt sichern (Alimentationsgrundsatz). In beiden Fällen wird der Beamte im

(59) Rec. S. 1065; S. 1925 III S. 49 Anm. Hauriou
(60) Auby-Drago Bd. 2 S. 534 f. mit Nachweisen
(61) Siehe z.B. BGH NJW 1956 S. 1400 - BayVGH DVBl. 1955 S. 1133; Verw.Rspr. 1954 S. 69 und die bei Plog-Wiedow, Kommentar zum BBG, RN 8 zu § 23 zit. Rspr.

öffentlichen Interesse durch die Vorschriften geschützt. Es ist nicht sehr konsequent, nur in dem einen Fall ein subjektives öffentliches Recht anzunehmen. Jedenfalls wird aber der Beamte, dem ein Kollege in rechtswidriger Weise bei der Beförderung vorgezogen wird, in seinen schutzwürdigen rechtlichen Interessen betroffen. Das müßte genügen, um ihm die Anfechtungsklage zu eröffnen.

III. Das Interesse des Grundstücksnachbarn

Auch hier läßt sich eine deutliche Entwicklung der Rechtsprechung zu immer weiterer Zulässigkeit des REP feststellen. Zunächst prüfte der CE in jedem Einzelfall nach, ob die angefochtene Entscheidung den Kläger in seinen Rechten verletze.

CE vom 28. April 1882, Gilles, Geurrand et autres (62): Ein Erlaß des Präfekten hatte auf dem Baulinienplan einen Teil eines öffentlichen Platzes abgeschnitten und für die Vergrößerung des Justizpalastes vorgesehen. Die Kläger, Grundstücksnachbarn, wandten sich dagegen mit dem REP. Der CE erklärte, die Grundstücke der Kläger würden durch die Aufstellung des neuen Baulinienplanes nicht angetastet. Im übrigen könnten die Kläger ihre Rechte aus dem mit der Gemeinde abgeschlossenen Vertrag vor der zuständigen Gerichtsbarkeit durchsetzen. Unter diesen Umständen hätten sie keinerlei Interesse, das ihnen die Klagebefugnis verleihen könne.

Dagegen schien der CE das Interesse jedes Nachbarn indirekt anzuerkennen in der Entscheidung vom 29. Juni 1900, Armand (63): Der Kläger focht einen Erlaß des Präfekten an, durch den die Vergrößerung des Friedhofs genehmigt wurde. Der CE wies den REP als unzulässig ab. Der Kläger, der kein Grundstück in der Nachbarschaft des Friedhofs besitze und dessen Haus mehr als 400 m vom Friedhof entfernt sei, habe kein direktes und persönliches Interesse, das ihm die Befugnis verleihen könne, die Annullierung des Erlasses zu verlangen. In der Entscheidung vom 23. November 1900, Horclois et dame Laforge (63a), handelte es sich ebenfalls um eine Vergrößerung des Friedhofs, aber die Grundstücke der Kläger lagen direkt neben ihm. Der CE ging auf die Zulässigkeit gar nicht ein und prüfte sofort die Begründetheit des REP. Die Eigenschaft als Nachbar genügte also schon, um die Klagebefugnis zu verleihen.

In der Entscheidung vom 27. Juni 1930, Dreyfus (64), ließ der CE das "ästhetische Interesse" genügen. Die Kläger, Hausbesitzer an der Avenue

(62) Rec. S. 395 (63) Rec. S. 435
(64) S. 1932 III S. 14 (63a) Rec. S. 650

Gabriel in Paris, fochten die Bauerlaubnis an, die ihrem Grundstücksnachbarn erteilt worden war. Sie rügten, die geplanten Bauabstände seien ungenügend. Deshalb seien die geplanten Gebäude von den Champs Elysées und von der Avenue Gabriel aus sichtbar. Die Harmonie der Grünanlagen (masses végétales) sei zerstört. Der CE erklärte, die Kläger hätten ein Interesse an der Erhaltung des Straßenbildes der Avenue Gabriel und könnten daher die angefochtene Entscheidung vor den CE bringen.
Diese Rechtsprechung ist wohl abgewogen und wird den Bedürfnissen der Praxis gerecht. Die Prüfung, ob die Norm, deren Verletzung gerügt wird, im Interesse des Klägers ergangen sei, kompliziert die Fragen in unnötiger Weise (65). Die Formel hat die Entwicklung der deutschen Rechtsprechung gehemmt und dazu geführt, daß die Rechtskontrolle der Verwaltung im Baurecht ungenügend war und heute noch nicht ganz befriedigend ist (66). Dagegen kann man dem CE vorwerfen, daß er sich mit der Entscheidung vom 11. Januar 1935, Colombino (67), schon zu sehr der Popularklage genähert habe. Eine Wohnanlage (lotissement) war ohne Bauerlaubnis errichtet worden. Der Kläger verlangte vom Bürgermeister, vom Präfekten und vom Innenminister, dagegen einzuschreiten. Die ablehnenden Bescheide focht er an. Der CE ließ den REP zu. Der Kläger könne als Nachbar der Wohnanlage, als Steuerpflichtiger und als Einwohner der Stadt die fraglichen Entscheidungen anfechten.

IV. Das Interesse des Anliegers

Der CE hat es schon sehr früh für schutzwürdig gehalten. Schon am 21. Mai 1867, Cordeau (68), ließ er den REP des Anliegers einer Straße gegen die Festsetzung einer Baulinie zu, ohne auf die Klagebefugnis näher einzugehen.
In den Conclusions zu der Entscheidung des CE vom 12. November 1909, Chevallier (69), stellte der Commissaire du Gouvernement Teissier den allgemeinen Grundsatz auf: "Jeder Anlieger eines öffentlichen Weges kann die Verwaltungsakte anfechten, die eine Auswirkung auf die Grenzen und den Bestand seines Grundstücks haben können. Darüber sind sich Lehre und

(65) Siehe BVerwG NJW 1954 S. 1214; OVG Münster NJW 1958 S. 354
(66) Siehe Gelzer, Zweifelsfragen zur Nachbarklage im öffentlichen Recht. NJW 1959 S. 1905
(67) S. 1935 III S. 44
(68) Rec. S. 498
(69) Rec. S. 865 Concl. Teissier

Rechtsprechung einig."
Im Fall Chevallier hatte der Präfekt ein Bauvorhaben genehmigt, das nach Ansicht der Kläger einen zu geringen Abstand von der Straße vorsah. Der CE stellte fest, die Kläger hätten als Eigentümer eines an derselben Straße gelegenen Grundstücks die Befugnis, die Rechtmäßigkeit der Baulinienfestsetzung entlang dieser Straße zu bestreiten.
Aber in der Entscheidung vom 16. Dezember 1936, Jaureguy (70), überdehnte der CE die Zulässigkeit wiederum. Der Kläger focht einen Erlaß des Bürgermeisters an, der einem Anderen eine individuelle Festsetzung der Baulinie an der Rue d'En-Bas gewährte. Die Gemeinde bestritt die Klagebefugnis des Klägers, da sein Grundstück nur am Ende der Verlängerung der Rue d'En-Bas liege und er nicht Anlieger des Straßenteiles sei, für den die Baulinie festgesetzt worden sei. Der CE erklärte, nichtsdestoweniger habe der Kläger, der Einwohner der Gemeinde sei und im übrigen auch als Anlieger der erwähnten Straße angesehen werden müsse, ein Interesse, das ihm die Klagebefugnis für den REP verleihe.
Der CE hielt also auch hier die Eigenschaft als Einwohner der Gemeinde für ausreichend, was umso überraschender ist, als eine solche Ausdehnung in dem speziellen Fall gar nicht nötig gewesen wäre.

Der CE schützt aber die Interessen des Anliegers nicht nur gegen die Baulinienfestsetzung. In der Entscheidung des CE vom 3. Februar 1905, Storch (71), hatte der Kläger den Erlaß angefochten, durch den der Präfekt einer Straßenbahngesellschaft die Einrichtung einer O-Buslinie erlaubt hatte. Der CE ließ den REP zu. Der Kläger sei Kaufmann und Eigentümer eines an der betreffenden Straße liegenden Grundstücks. Er habe ein direktes und persönliches Interesse an der Anfechtung des Aktes. Ebenso CE vom 1. Februar 1907, Aucoc (72), für die Verlegung einer Straßenbahnlinie.
CE vom 14. Mai 1954, Feuger (73): Der Kläger, Hotelier, focht einen Erlaß des Präfekten an, der das Parken in der Straße des Klägers auf dreißig Minuten beschränkte und während der Nacht ganz verbot. Der CE prüfte die Begründetheit des REP, ohne auf die Zulässigkeit einzugehen.
In all diesen Fällen stehen wichtige Interessen des Bürgers auf dem Spiel. Sie blieben nach der deutschen Rechtsprechung zu einem großen Teil ungeschützt, da nicht alle Normen, deren Verletzung gerügt wurde, im Interesse des Anfechtenden ergangen sind.

(70) Rec. S. 1120
(71) S. 1907 III S. 33 Anm. Hauriou
(72) Rec. S. 126
(73) Rec. S. 274

V. Das Interesse des Benutzers eines service public (74).

Dieser hat ein Interesse an der Anfechtung von Maßnahmen, die den service public betreffen und auf den Benutzer eine Auswirkung haben. Das hat der CE in der Entscheidung vom 21. Dezember 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du Quartier Croix-de-Seguey-Tivoli (75), zum ersten Mal anerkannt. Die Straßenbahngesellschaft von Bordeaux hatte eine Linie eingestellt. Die klagende Vereinigung, deren Gründer und Vorsitzender übrigens der berühmte Rechtslehrer Duguit war, verlangte vom Präfekten als Aufsichtsbehörde, dagegen einzuschreiten. Die ablehnende Entscheidung wurde angefochten. Der Commissaire du Gouvernement Romieu trat für die Zulässigkeit des REP ein, im wesentlichen mit der Begründung, eine andere wirksame Kontrolle sei nicht vorhanden. Der CE folgte ihm, ohne über das Interesse ein Wort zu verlieren. Ähnlich CE vom 14. Mai 1930, Trutie de Varreux (76): Angefochten war ein Erlaß des Präfekten über die Erhöhung des Strompreises. Auch hier ging der CE auf die Zulässigkeit des REP nicht ein und prüfte sofort die Begründetheit.
In der Entscheidung vom 4. Dezember 1936, De Roche du Teilloy (77), ging es um den Erlaß eines Präfekten, der einer Erhöhung der Tarife durch die Trambahngesellschaft zugestimmt hatte. Jetzt stellte der CE ausdrücklich fest, es sei nicht zu bestreiten, daß der Kläger Einwohner der Stadt und Benutzer des Trambahnnetzes sei. Er habe daher ein persönliches Interesse an der Anfechtung des Erlasses. Sein REP sei zulässig.

VI. Das Interesse des Steuerpflichtigen

In der berühmten Entscheidung des CE vom 29. März 1901, Casanova (78), zeigte sich deutlich, daß der CE den REP zu einem wirksamen Mittel der Kontrolle der Verwaltung ausgestalten wollte. Es ging um folgenden Sachverhalt: Der Gemeinderat von Olmeto hatte beschlossen, einen Arzt damit zu beauftragen, alle Gemeindeeinwohner kostenlos zu behandeln und hatte dafür 2.000 Francs bewilligt. Die Kläger, in der Gemeinde ansässig und steuerpflichtig, fochten diesen Beschluß an. Bei der finanziellen Lage der Gemeinde sei es eine schlechte Verwaltung, die Steuerpflichtigen noch mehr zu belasten, nur um eine Sinekure zu schaffen. Die Rechte und die Freiheit der Bürger würden mißachtet. Diese müßten für das Gehalt des

(74) Siehe zu diesem Begriff oben B. I. 1.
(75) Rec. S. 962 Concl. Romieu; GA S. 63
(76) Rec. S. 495
(77) D. 1937 III S. 4 Concl. Heilbronner
(78) S. 1901 III S. 73 Anm. Hauriou

Arztes aufkommen, auch wenn sie ihn nicht konsultieren wollten. Der CE erklärte, der angefochtene Beschluß habe die Eintragung eines Postens auf der Ausgabenseite des Budgets der Gemeinde zum Gegenstand. Die Kläger, Steuerpflichtige dieser Gemeinde, hätten in dieser Eigenschaft ein Interesse daran, diesen Beschluß für nichtig erklären zu lassen.
Das war das erste Mal, daß der CE ein Interesse dieser Art genügen ließ.
Wie auch in vielen anderen Fällen hatte Hauriou in Anmerkungen zu den Entscheidungen des CE (die von 1892 bis 1928 in der Zeitschrift Sirey veröffentlicht wurden) und in seinem Précis de droit administratif eine Fortentwicklung der Rechtsprechung in dieser Richtung gefordert. Die Zusammenarbeit zwischen Hauriou und dem CE verdient eine besondere Erwähnung. Hauriou versuchte, den gewaltigen Stoff der Rechtsprechung in ein System zu bringen und dem CE zu zeigen, wo eine Weiterentwicklung noch der Logik des Systems oder für wirksame richterliche Kontrolle der Verwaltung nötig war. So auch hier in Anmerkungen zu CE vom 10. Februar und 10. März 1893, Bied-Charreton und Poisson (79), und CE vom 29. Juni 1900, Merlin (80), sowie in seinem Lehrbuch (81). In diesen Entscheidungen hatte der CE das Interesse des Steuerpflichtigen an einer Annullierung von kostspieligen Beschlüssen noch nicht für ausreichend gehalten. Hauriou trat für die Zulässigkeit des REP ein. Der REP habe zunächst die Funktion gehabt, den Bürger vor der starken Zentralgewalt zu schützen. Diese sei im allgemeinen tüchtig und sparsam gewesen. Aber sie habe dazu geneigt, bei Einzelentscheidungen die Freiheit des Bürgers zu sehr zu beschränken. Daher die Regel, daß ein persönliches Interesse an der Anfechtung nötig sei. Später seien den Gebietskörperschaften größere Zuständigkeiten übertragen worden. Deren Schwäche sei es nun, daß sie zu allzu großzügigen Ausgaben neigten. Es handele sich dabei um Maßnahmen, die nicht die Einzelnen beträfen. Also dürfe auch kein persönliches Interesse mehr gefordert werden. Eine Kontrolle durch den CE sei unbedingt erforderlich, da die Aufsicht durch den Präfekten und den Innenminister nicht wirksam genug sei. Diese handelten, wie die Gemeindebehörden, immer mehr aus politischen Gründen, mit Rücksicht auf die Wahlen (82). Der CE konnte sich schließlich dieser Argumentation nicht verschließen. Die Ergebnisse seiner Rechtsprechung können, wie sich aus der Argumentation von Hauriou ergibt, nicht ohne weiteres auf andere Verhältnisse übertragen werden. Wichtig ist aber auch hier wieder die

(79) S. 1894 III S. 129
(80) S. 1900 III S. 65
(81) Précis, 4. Aufl. S. 303
(82) Vgl. über die Mängel der Aufsicht aus diesen Gründen auch Henrichs, Kommunalverfassungsstreitverfahren vor den Verwaltungsgerichten. DVBl. 1959 S. 548, hier S. 560

Methode des CE. Er geht pragmatisch vor und erkennt die Klagebefugnis dort an, wo eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns nötig ist, um Interessen des Bürgers zu schützen.
In der Entscheidung vom 27. Januar 1911, Richemond (83), erkannte der CE auch das Interesse des Steuerpflichtigen eines Departements an. Angefochten war ein Beschluß des Conseil général des Departements Seine-et-Oise, der den Conseillers generaux freie Fahrt für die Eisenbahn erster Klasse gewährte. Die Kosten sollten vom Departement getragen werden. Auf die Zulässigkeit, insondere auf die Frage des Interesses, ging der CE gar nicht ein, sondern prüfte sofort die Begründetheit.
Es können aber nur Maßnahmen angefochten werden, für deren Ausführung die Gebietskörperschaft Mittel aufwenden muß, die letzten Endes von den Steuerzahlenden aufgebracht werden. CE vom 25. März 1955, Hivet et autres (84): Der Conseil général des Departements Ardennes hatte das préventorium départemental (Krankenhaus für vorbeugende Behandlung) aufgelöst. Der Gesundheitsminister wies die dagegen gerichtete Beschwerde zurück. Diese Entscheidung wurde angefochten. Auch hier griff der CE aber für die Prüfung der Zulässigkeit auf den Akt zurück, um den es eigentlich ging: den Beschluß des Conseil général. Er erklärte dazu, dieser Beschluß bringe Ersparnisse für das Departement mit sich. Deshalb könnten sich die Kläger nicht auf ihre Eigenschaft als Steuerpflichtige des Departements berufen, um ihr Interesse an der Anfechtung zu begründen.

Der CE hält aber das Interesse des Steuerpflichtigen des Staates nicht für ausreichend, offenbar deswegen, weil damit schon die Grenze zur Popularklage überschritten wäre.
CE vom 25. Juli 1920, Le Dossal (85): Die Kläger fochten verschiedene Akte des Präfekten von Morbihan an, unter anderem dem Freihandverkauf von Grundstücken. Sie beriefen sich zur Begründung ihrer Klagebefugnis auf ihre Eigenschaft als Steuerpflichtige. Der CE stellte fest, die Steuerpflichtigen hätten nur dann die Klagebefugnis, wenn es sich um die Finanzen der Gemeinde oder des Departements handele. Im vorliegenden Fall beträfen die Veräußerungen das Vermögen des Staates. Der REP sei also unzulässig.
Diese Rechtsprechung wurde aufrechterhalten in der Entscheidung des CE vom 9. Februar 1955, Soc. La belle Gaule (86): Die Klägerin focht die Verteilung von Fischereirevieren an, die im Wege des Zuschlagverfahrens

(83) S. 1913 III S. 92
(84) Rec. S. 179
(85) Rec. S. 639
(86) Rec. S. 77

(adjudication) vorgenommen worden war. Sie hatte aber nicht an dem Verfahren teilgenommen. Um trotzdem ihre Klagebefugnis zu begründen, berief sie sich auf ihre Eigenschaft als Steuerpflichtige. Der CE stellte klar, daß die Finanzen des Staates betroffen seien. Die Gesellschaft könne daher nicht als Steuerpflichtige die Akte des Zuschlagverfahrens anfechten.

VII. Das Interesse des Einwohners

Oben wurde schon gezeigt, daß der CE dort, wo er früher nur den REP der Anlieger zugelassen hatte, später auch das Interesse des Einwohners für ausreichend hielt. Dieses genügt auch in anderen Fällen.
CE vom 21. Februar 1934, Desbois (87): Die Klägerin focht einen Erlaß des Präfekten an, der die Verlegung eines Ausschanks in den Teil der Gemeinde erlaubte, in dem die Klägerin wohnte. Der CE erkannte ihr in ihrer Eigenschaft als Einwohnerin dieses Gemeindeteiles ein Interesse an der Anfechtung zu.
CE vom 11. März 1925, Vanlaer (88). Der Bürgermeister der Stadt Lille hatte in einem Polizeierlaß verboten, in Ausschanklokalen Vorrichtungen anzubringen, die das Innere verbergen oder verdunkeln und ihre Überwachung von außen durch die Polizei erschweren könnten. Weiterhin wurde verboten, die Gäste in Räumen zu bewirten, die keinen direkten Zugang zu öffentlichen Wegen haben. Der CE stellte fest, der Kläger habe als Einwohner der Stadt Lille ein persönliches Interesse, das ihm die Befugnis verleihe, die Aufhebung des angefochtenen Erlasses zu verlangen.
CE vom 6. Februar 1931, Doré (89): Es wurden Beschlüsse des Gemeinderats angefochten, die eine niedrigere Einstufung von Straßen zum Gegenstand hatten. Der CE erklärte, die Klägerin habe in ihrer Eigenschaft als Einwohnerin der Gemeinde ein Interesse an der Nichtigerklärung der Beschlüsse des Gemeinderats. Der REP sei also zulässig.
CE vom 24. Juli 1932, Galandou Diouf (90): Aus den Mitteln den französischen Kolonie Westafrika wurden der Stadt Dakar 5 Mill. Francs zur Verfügung gestellt. In der Entscheidung hob der CE hervor, die Haupteinnahmequellen des Budgets von Westafrika seien die Zölle, die bei der Einfuhr wie bei der Ausfuhr erhoben wurden. Diese Zölle verteilten sich notwendigerweise auf die Gesamtheit der Verbraucher der Kolonie. Diese hätten also ein Interesse an der richtigen Anwendung der Haushaltsmittel. Die Einwohner

(87) Rec. S. 251
(88) Rec. S. 252
(89) Rec. S. 156
(90) D. 1933 III S. 15

von Französisch-Westafrika könnten daher den REP einlegen.
Seine weiteste Ausdehnung hat der Begriff Interesse wohl in der Entscheidung des CE vom 28. Mai 1943, Baffeleuf et autres (91) , erfahren. Die Kläger fochten ein Dekret des Generalgouverneurs von Indochina an, das die Unterdrückung des Wuchers in den Kolonien betraf. Das Dekret bestimmte, daß alle Geldleihgeschäfte der Verwaltung mitgeteilt werden müßten. Der CE ließ den REP zu, weil die Kläger in Indochina ihren Wohnsitz hätten und Verträge schließen könnten.
Aber auch die Großzügigkeit des CE hat Grenzen. Das ganz allgemeine Interesse daran, daß die Verwaltung rechtmäßig handelt, genügt nicht, um die Klagebefugnis zu begründen. CE vom 2. Juli 1926, Vanlaer (92): Der Kläger, Advokat in Lille, focht ein Dekret an, das den Aufenthalt von Ausländern in Frankreich regelte. Der CE erklärte, der Kläger verfüge über keinerlei persönliches Interesse an der Annullierung des Dekrets. Sein REP sei also unzulässig.
CE vom 11. Februar 1949, Faveret (93): Der Kläger, ein Arzt, hatte vom Präfekten verlangt, daß auf den Anschlägen betreffend die Diphterie-Schutzimpfung der Ausdruck "loi du 24 nov. 1940" durch den Ausdruck "acte dit loi du 24 nov. 1940" ersetzt werde. Die ablehnende Entscheidung des Präfekten focht der Kläger an. Der CE wies den REP natürlich als unzulässig ab. Der Kläger, der den REP in seiner Eigenschaft als Staatsbürger erhoben habe, verfüge über kein direktes und persönliches Interesse daran, die Vernichtung der angefochtenen Entscheidung zu erreichen.

In einer Gruppe von Fällen scheint es aber notwendig zu sein, den REP aller Einwohner des Staates zuzulassen, nämlich dann, wenn eine Verordnung Strafbestimmungen enthält. Dieses Problem bestand schon seit langem für die Polizeiverordnungen, deren Anwendung weder auf ein bestimmtes Gebiet, noch auf bestimmte Personengruppen beschränkt war. Aber seine Bedeutung ist unter der Verfassung von 1958 gewaltig gewachsen. Jetzt kann der Verordnungsgeber in autonomen Verordnungen Übertretungstatbestände schaffen, da dem Gesetzgeber in Art. 34 nur die Regelung der Verbrechen und Vergehen vorbehalten ist. Die Rechtskontrolle solcher autonomen Verordnungen ist besonders notwendig, da sie nicht aufgrund eines Gesetzes ergehen, das die Grenzen der Ermächtigung bestimmt hat. Wer soll aber den REP erheben können ? Nur der, der die Norm übertreten hat ? Dadurch würde die Anfechtung wohl zu sehr beschränkt, wenn man

(91) Rec. S. 135
(92) Rec. S. 685
(93) Rec. S. 74

bedenkt, daß der REP innerhalb von zwei Monaten erhoben werden muß. Dann kommt als klagebefugt nur noch der in Frage, der die Norm übertreten kann. Das ist aber jeder Einwohner. Tatsächlich forderte der Commissaire du Gouvernement Kahn in den Conclusions zu der schon mehrmals erwähnten Entscheidung des CE vom 12. Februar 1960, Soc. Eky (94), in der eine in einem Dekret enthaltene Strafnorm angefochten war, die Zulässigkeit des REP für jeden Einwohner. Es handele sich darum, die Entwicklung abzuschließen, die vor sechzig Jahren mit der Entscheidung Casanova begonnen habe. Die klagende Gesellschaft habe kein Interesse, das nicht allen Einwohnern gemeinsam sei. Aber angesichts der Natur und des Gegenstands der Vorschriften sei der REP doch zulässig. Der CE fand einen Weg, um die vom Commissaire du Gouvernement geforderte Grundsatzentscheidung und die Zulassung der Popularklage wenigstens in dem hier behandelten Bereich zu vermeiden. Er bejahte Interesse und Klagebefugnis der klagenden Gesellschaft deswegen, weil diese vorbrachte, die von ihr bisher schon ausgeübte Tätigkeit falle unter die angefochtene Strafbestimmung. Keine Entscheidung hat bisher den Schritt zur Popularklage getan.

Im übrigen zieht der CE den Kreis der Interessierten und daher Klagebefugten sehr oft außerordentlich weit, und zwar dann, wenn die Auswirkungen des Aktes keinen Einzelnen oder keine genau bestimmbare kleinere Gruppe von Bürgern betreffen. Der Weg des CE ist verständlich, wenn keine andere wirksame Rechtskontrolle vorhanden ist. Dann überwiegt das Interesse des Staatsbürgers an der richterlichen Nachprüfung des Verwaltungshandelns. Darum dehnte der CE die Klagebefugnis besonders weit aus, wenn es sich um die Verwaltung von Kolonien handelte, weil dort der Rechtsschutz noch weniger stark war.
Ein weiteres Beispiel dafür ist die Entscheidung vom 19. Oktober 1962, Brocas (94a), in welcher der REP eines Wahlberechtigten gegen die Dekrete zugelassen wurde, welche die Beteiligung der Parteien an der dem Referendum vorausgehenden Kampagne und das Verfahren der Volksabstimmung regelten. Da die Zuständigkeit einer anderen Stelle nicht vorgesehen war, hielt sich der CE zur Kontrolle für berufen.

---

(94) S. 1960 S. 131
(94a) Rec. S. 553

VIII. Das Interesse im Wirtschaftsrecht

a) Der REP gegen die Errichtung wirtschaftlicher Unternehmungen durch die öffentliche Hand

Private Unternehmen haben offenbar ein sehr starkes Interesse daran, daß die öffentliche Hand mit den großen zu ihrer Verfügung stehenden Mitteln nicht als Konkurrenz auftritt. Dennoch ist ihnen bei uns der Weg zu den Verwaltungsgerichten versperrt. Die Entscheidung über die Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens wird nicht als Verwaltungsakt angesehen, so daß die Anfechtungsklage schon deswegen unzulässig ist. Aber die Klage würde meist auch an der Klagebefugnis scheitern. Die Rechtsprechung nimmt in der Regel an, daß Vorschriften, die die wirtschaftliche Betätigung der Verwaltung (meist der Gebietskörperschaften) beschränken, nicht im Interesse der einzelnen privaten Unternehmer, sondern ausschließlich im öffentlichen Interesse ergangen sind. Sie verleihen daher keine subjektiven öffentliche Rechte (95). Es verbleibt damit bei der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden. Das ist bedauerlich, da diese in solchen Fällen erfahrungsgemäß zurückhaltend sind (96). Auch sie unterliegen ja der Versuchung jeder Verwaltung, ihren Tätigkeitsbereich immer noch zu erweitern. Darum fällt es ihnen schwer, den unteren Behörden das Handeln auf wirtschaftlichem Gebiet zu verbieten, denn damit beschränken sie ihren eigenen Einfluß. Bei weitem wirksamer ist daher die Kontrolle durch die unbeteiligten Verwaltungsgerichte, eingeleitet durch die Klage eines in seinen Interessen Betroffenen, insbesondere eines privaten Unternehmers.

Der CE läßt solche Klagen zu. CE vom 13. Dezember 1939, Séguinaud (97) Angefochten war unter anderem ein Beschluß des Gemeinderats, im Festsaal der Gemeinde Filmvorführungen zu veranstalten. Der Kläger, Besitzer eines Cafés, hatte selbst schon einen Kinosaal eingerichtet, in dem er regelmäßig Filme spielen ließ. Der CE ließ seinen REP zu, weil er ein Interesse an der Aufhebung des Beschlusses habe.
CE vom 27. März 1930, Connat (98): Die Stadt Auxerre wollte eine Metzgerei einrichten. Der Kläger verlangte zunächst vom Präfekten die Aufhebung dieses Beschlusses. Die ablehnende Entscheidung kam vor den CE. Dieser hielt das Interesse für gegeben.

(95) Siehe für Art. 75 Abs. 1, 2 Bayer, GO das Urteil des Bayer. VGH vom 16. 1. 1959, BayVBl. 1959 S.90 Anm. Masson
(96) Masson a. a. O.
(97) Rec. S. 588
(98) Rec. S. 349

Der CE ließ weiter zu: Die Klage der Wäschereibesitzer gegen die Errichtung einer Wäscherei durch die Gemeinde (99), die Klage der Pariser Fischhändler gegen die Organisation eines Fischverkaufsdienstes durch die Stadt Paris (100), die Klage der Kinobesitzer gegen den Beschluß der Stadt Oran, Freilicht-Filmvorführungen zu veranstalten (101). Jedoch ging der CE in diesen Fällen auf die Zulässigkeit des REP nicht näher ein.

b) Der REP gegen die Zulassung privater Konkurrenten

Auch hier besteht ohne Zweifel ein starkes wirtschaftliches Interesse der Unternehmer gegen rechtswidrige Neuzulassungen. Es genügt aber nach deutschem Verwaltungsrecht nicht, um die Zulässigkeit der Anfechtungsklage zu begründen. Die Rechtsprechung nimmt an, daß die Vorschriften über die Zulassung zu einem Gewerbe oder Beruf nicht zugunsten der schon Zugelassenen, sondern ausschließlich im öffentlichen Interesse ergangen sind. Schon diese Begründung ist anfechtbar. Die beiden Motive des Gesetzgebers, die hier einander gegenübergestellt werden, schließen sich keineswegs aus. Der Gesetzgeber kann im öffentlichen Interesse Vorschriften zum Schutz derjenigen erlassen, die das Gewerbe oder den Beruf bereits ausüben. Das war der Fall für die Apotheker bis 1959 und das gilt heute noch für die Notare. Die Zulassungsbeschränkung soll die Angehörigen dieser Berufe von ruinösem Wettbewerb schützen, ihnen dadurch ein angemessenes Einkommen sichern und sie so vor Zwangslagen bewahren, in denen sie gegen das Berufsethos verstoßen müßten, um ausreichende Einkünfte zu haben. Es läßt sich also sehr wohl die Ansicht vertreten, diese Vorschriften seien zugunsten der Apotheker und Notare ergangen und verliehen ihnen deshalb subjektive öffentliche Rechte. Jedenfalls ist es unbefriedigend, daß mit einer nicht einmal rein begrifflich überzeugenden Begründung rechtswidrige Verwaltungsakte der gerichtlichen Nachprüfung entzogen werden, obwohl sie für einen verhältnismäßig leicht abgrenzbaren Kreis von Staatsbürgern nachteilige Folgen haben (102).

Auch hier ist die Rechtsprechung des CE vorbildlich. CE vom 2. November 1939, Wagner (103): Der Kläger, Apotheker in Bitche, wandte sich gegen einen Erlaß des Präfekten, der M. Schell die Eröffnung einer weiteren Apotheke in Bitche erlaubte. Der CE stellte fest, der Kläger habe ein Interesse daran und folglich die Befugnis, den Erlaß des Präfekten anzufechten, der

(99) CE vom 19. Mai 1933, Blanc, Rec. S. 540
(100) CE vom 28. März 1924, Genet, Rec. S. 347
(101) CE vom 12. Juli 1959, RDP 1959 S. 1054
(102) Siehe die bei Ule VwGO § 42 Anm. III 1 b S. 124 zit. Rechtsprechung
(103) Rec. S. 547

ihm einen Konkurrenten schaffe.
Ähnlich CE vom 18. März 1960, Amic (104), und CE vom 24. Juni 1961, Ministre de la Santé publique (105): Auch in diesen Entscheidungen ließ der CE den REP gegen die Konzessionen für neue Apotheken zu.
CE vom 16. Juni 1933, Soc. d'Electricité et de Gaz de la Basse-Moselle (106): Die Klägerin hatte die Konzession, die Gemeinde Allgrange mit Strom zu versorgen. Eine andere Gesellschaft wollte Stromleitungen verlegen, um eine für ihre Arbeitnehmer errichtete Wohnanlage zu versorgen. Der Bürgermeister erteilte die Erlaubnis. Die Klägerin focht diesen Erlaß an. Der CE ließ den REP zu, da die Klägerin als Konzessionärin ein Interesse an der Annullierung habe.

c) Der REP gegen die Ablehnung von Maßnahmen gegen Konkurrenten

Entscheidungen deutscher Verwaltungsgerichte zu dieser Fallgruppe sind nicht bekannt geworden. Es kommt nur die Vornahmeklage nach § 42 Abs. 1 zweite Alternative VwGO in Betracht. Doch dürfte ein subjektives Recht auf das Einschreiten gegen ordnungswidriges Verhalten der Konkurrenten nicht anerkannt werden, da die berufsrechtlichen Vorschriften, um die es sich meist handelt, nicht zugunsten der Konkurrenten ergangen sind. Auch hier ist aber ein Interesse anzuerkennen, da sich ein Konkurrent ungerechtfertigte Vorteile verschaffen kann, wenn er unter stillschweigender Duldung der Behörden die Vorschriften nicht einhält. Darum läßt der CE den REP zu.
CE vom 30. September 1955, Union nationale des syndicats d'opticiens de France (107): Der Gesundheitsminister hatte Anweisung gegeben, nicht gegen die Apotheker vorzugehen, die entgegen den Vorschriften optische Artikel verkauften. Die Klägerin verlangte von ihm, diese Anweisung zurückzunehmen. Den ablehnenden Bescheid focht sie mit dem REP an. Der CE stellte fest, die Klägerin habe ein Interesse an der Anfechtung. Der REP sei zulässig.
CE vom 24. Oktober 1958, Métadier (108): Der Kläger hatte beantragt, gegen Unregelmäßigkeiten einzuschreiten, die in einer bestimmten Apotheke vorkämen. Die ablehnende Entscheidung des Präfekten focht er an. Der CE stellte fest, der Kläger führe eine Apotheke, die mit der anderen in Konkurrenz stehe. Er habe also ein Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.

(104) Rec. S. 207
(105) Rec. S. 436
(106) Rec. S. 639
(107) Rec. S. 453
(108) RDP 1959 S. 304

d) Der REP gegen den Ausschluß von der Vergabe von Aufträgen

Hier ist nur eine einzige, aber sehr interessante Entscheidung bekannt. CE vom 23. Mai 1919, Debar (109): Der Gemeinderat von Reims hatte beschlossen, nur noch an die Drucker Aufträge zu vergeben, die eine bestimmte, "Label" genannte Marke führten. Dieses Zeichen wurde von einer Gewerkschaft den Arbeitgebern verliehen, die bestimmte Arbeitsbedingungen in ihrem Betrieb geschaffen hatten. Der Kläger wandte sich in seiner Eigenschaft als Vorsitzender der "chambre syndicale des maîtres imprimeurs" von Reims und Umgebung an den Präfekten mit dem Antrag, den Beschluß aufzuheben. Die ablehnende Entscheidung wurde vor dem CE angefochten. Dieser stellte fest, es sei normal, daß sich die Stadt Reims mit ihren Aufträgen an die Unternehmer von Reims wende. Die Chambre syndicale habe also ein Interesse daran, daß sich die Stadt an die Vorschriften halte, die die Vergabe von Aufträgen regelten. Der REP sei zulässig.

IX. Insbesondere: das Interesse von Personenverbänden

Jede Vereinigung kann mit dem REP gegen Akte der Verwaltung vorgehen, die ihre eigenen Interesse beeinträchtigen. Der CE läßt aber in weitem Umfang den REP auch dann zu, wenn die Vereinigung nur Interessen ihrer Mitglieder wahrnehmen will. Nach dem Commissaire du Gouvernement Corneille (110) ist zu unterscheiden:

1. Verordnungen, die die Mitglieder einer Vereinigung betreffen, können durch diese angefochten werden.
2. Bei den individuellen Akten ist wieder zu unterscheiden zwischen
   a) positiven Akten, z. B. rechtswidrigen Ernennungen und Beförderungen von Beamten. Der REP der Vereinigungen, insbesondere der Gewerkschaften, ist zulässig, da die Interessen vieler anderer Beamter durch eine solche Maßnahme verletzt werden.
   b) negativen Akten, z. B. Ablehnung einer Beförderung. Hier obliegt es dem Einzelnen, den der Verwaltungsakt beeinträchtigt, den REP zu erheben.

Diese Systematisierung ist nicht ganz befriedigend. Es handelt sich im Grunde darum, daß der REP der Vereinigung dann nicht zugelassen werden soll, wenn nur Individualinteressen eines Mitgliedes oder weniger ganz bestimmter Mitglieder beeinträchtigt sind. Die Vereinigung kann den REP erheben, wo die Interssen vieler oder aller ihrer Mitglieder betroffen sind, wo also der REP

(109) Rec. S. 464

eines Einzelnen ein "Musterprozeß" wäre. In der Praxis werden solche Verfahren doch häufig auf Betreiben und mit Unterstützung der "interessierten" Organisationen geführt. Der CE sieht keinen Grund, in diesen Fällen das Vorgehen eines Einzelnen als "Strohmann" zu fordern. Tatsächlich besteht, wenn wirklich die Interessen aller oder vieler Mitglieder betroffen sind, keine Gefahr, daß die Vereinigung gegen deren Willen vorgeht. Die Mitglieder können ja ihren Einfluß innerhalb ihrer Organisation geltend machen und den Prozeß so verhindern.

Die deutsche Rechtsprechung lehnt die Klagebefugnis der Verbände ab, weil und soweit nur die Rechte der Mitglieder betroffen sind (111). Das wird von Krüger (112) mit Recht kritisiert.

Einige typische Beispiele aus der französischen Rechtsprechung:

a) Generelle Akte

CE vom 22. März 1941, Union nationale des parents d'élèves de l'enseignement libre (112a): Angefochten war ein Erlaß des Erziehungsministers, der die Zulassung zu gewissen staatlichen Schulen regelte und zwar so, daß die Schüler privater Schulen benachteiligt wurden. Über die Zulässigkeit des REP der Klägerin sagte der CE nichts. Er annullierte den Erlaß teilweise, weil der Erziehungsminister den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt habe.

CE vom 27. April 1934, Ligue nationale contre l'alcoolisme (113): Der Finanzminister hatte den Obstbauern erlaubt, das ganze Jahr über Alkohol zu brennen. Der CE stellte fest, diese Erlaubnis begünstige die Schwarzbrennerei, da sie die Kontrolle erschwere, und sie beeinträchtige die Wirksamkeit der Maßnahmen gegen den Alkoholismus. Der REP der Klägerin sei also zulässig.

CE vom 23. November 1955, Syndicat du commerce en gros de la boucherie de Bordeaux (114): Der CE meinte, das Syndikat habe ein Interesse daran, die Aufhebung von Erlassen des Bürgermeisters zu verlangen, die sich auf die Abgaben und Gebühren bezögen, die auf dem Viehmarkt und in den Schlachthöfen der Gemeinde entrichtet werden müßten. Das Syndikat sei also befugt, die Aufhebung dieser Akte zu betreiben. Aus dieser Entscheidung ergibt sich, daß der CE die Klagebefugnis der Vereinigung

(110) Concl. zu CE vom 21. November 1923, Ass. des fonctionnaires des PTT, RDP 1923 S. 582, Entsch. S. 585

(111) Siehe die Rechtsprechung bei Ule VwGO § 42 Anm. III 1c

(112) Die Aktivlegitimation der Wirtschaftsverbände im Verwaltungsstreitverfahren. MDR 1953 S. 518 ff.

(112a) Rec. S. 49

(113) Rec. S. 493

(114) RPDA 1955 S. 251

für gegeben hält, wenn diese zu einem Zweck vorgeht, der ihrem satzungsmäßigen Ziel entspricht.

Die Klage gegen Akte abstrakter und genereller Natur ist aber nicht zulässig, wenn nur ein Teil der Mitglieder betroffen ist, z.B. nur die in einem gewissen Bezirk ansässigen Mitglieder.
CE vom 16. Februar 1940, Union nationale des grandes pharmacies (115): Der Präfekt des Departements Seine-et-Marne hatte die Schließung der Apotheken des Departements am Sonntag und Montag bis 14 Uhr angeordnet. Dagegen ging die Klägerin mit dem REP vor. Der CE stellte fest, die Klägerin sei eine Vereinigung verschiedener Syndikate. Sie könne nicht für die Apotheker eines Departements handeln.
CE vom 13. Mai 1921, Union des associations professionelles du personnel civil des administrations centrales (116): Es ging um eine Reihe von Beförderungen innerhalb des Ministeriums für Handel und Industrie. Nach den Beförderungsvorschriften sollte die Hälfte der höheren Stellen mit Beamten aus anderen Verwaltungen besetzt werden. Die klagende Vereinigung und einzelne Beamte des Arbeitsministeriums fochten die Beförderungen an. Der CE ließ den REP nicht zu. Der REP sei nicht durch die Vereinigung der Beamten des Ministeriums für Handel und Industrie eingelegt worden, sondern durch die Klägerin (einen Dachverband). Diese sei nicht befugt, die Ernennungen innerhalb des Ministeriums anzufechten.

b) Einzelakte

Die grundlegende Entscheidung des CE ist vom 28. Dezember 1906, Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges (117). Es ging dabei um Dispense von dem Gesetz über die wöchentliche Arbeitsruhe vom 13. Juli 1900. Die klagende Vereinigung hatte beim Präfekten beantragt, allen ihren Mitgliedern die Erlaubnis zu geben, ihren Arbeitern die wöchentliche Arbeitsruhe nicht am Sonntag, sondern am Montag zu gewähren. Der CE erklärte, wenn auch nach Art. 8 des Gesetzes vom 13. Juli 1900 die einem Betrieb gegebene Erlaubnis auch den anderen Betrieben derselben Art gewährt werden müsse, so bestimme Art. 2 doch, daß die Lage jedes Betriebes durch den Präfekten besonders zu prüfen sei. Wenn es den Berufsverbänden (syndicats professionnels) auch zustehe, in ihrem eigenen Namen die Verteidigung der Interessen zu übernehmen, mit der sie nach Art. 3 des Gesetzes vom 21. März 1884

(115) Rec. S. 67
(116) Rec. S. 491
(117) Rec. S. 977 Concl. Romieu

betraut seien, so könnten sie doch nicht zugunsten von Einzelinteressen eingreifen, ohne dazu durch einen besonderen Auftrag ermächtigt zu sein. Das Syndikat habe sich daher nur als Beauftragter aller seiner Mitglieder an den Präfekten wenden können. Der Antrag habe aber nicht einmal die Namen der Mitglieder und auch keinen Auftrag erhalten. Er sei also mit Recht zurückgewiesen worden. Der REP wurde verworfen. Der CE ließ in der Entscheidung vom 28. Dezember 1906, Combet (118) und in weiteren Entscheidungen vom selben Datum den REP der einzelnen Friseurmeister zu, soweit sie im eigenen Namen und nicht für eine Vereinigung handelten. Dann ging der CE auch auf die Begründetheit ein und stellte fest, daß der Kläger keine durchgreifenden Rügen gegen die Ablehnung der Erlaubnis vorbringe. Der REP wurde abgewiesen.

CE vom 13. Juli 1948, Soc. des amis de l'Acole Polytechnique (119): Angefochten waren Verwaltungsakte im Rahmen der Aufnahmeprüfung zur Ecole Polytechnique. Der CE erklärte zur Klagebefugnis, die Vereinigung habe zum Ziel, zum Gedeihen der Schule beizutragen und dazu, daß sie an der Spitze der wissenschaftlichen Ausbildung bleibe. Die angefochtenen Akte seien geeignet, dem Ruf der Schule zu schaden. Die klagende Vereinigung sei also befugt, ihre Legalität im Wege des REP zu bestreiten. Hier sprach also der CE noch einmal ausdrücklich aus, daß eine Vereinigung nur zur Verteidigung solcher Kollektivinteressen ihrer Mitglieder klagen kann, zu deren Schutz die Vereinigung gebildet wurde.

Das ergibt sich auch aus der Entscheidung des CE vom 12. Juni 1959, Syndicat chrétien du ministère de l'industrie et du commerce (120). Das Syndikat focht die Ernennung zweier Personen zu Beamten im Handels- und Industrieministerium an. Der CE sagte zur Zulässigkeit, die Gewerkschaften des Personals eines Ministeriums seien befugt, gegen Einzelentscheidungen vorzugehen, die die kollektiven Interessen ihrer Mitglieder beeinträchtigten. Er ließ den REP zu. Das Kollektivinteresse, zu dessen Wahrung das klagende Syndikat auch berufen war, bestand in den Beförderungschancen der anderen Beamten des Ministeriums.

Typisch ist auch die Entscheidung des CE vom 14. Dezember 1951, Soc. pour l'esthétique de la France (121).

(118) Rec. S. 964
(119) Rec. S. 330
(120) Rec. S. 360
(121) Rec. S. 599

Angefochten waren

1. eine Entscheidung des Ministers für Wiederaufbau, in der abgelehnt wurde, die Arbeiten an dem avant-gardistischen Gebäude "Unité d'habitation de grandeur conforme" in Marseille, das von Le Corbusier entworfen worden war, einzustellen.
2. ein Erlaß des gleichen Ministers, durch den für dieses Bauvorhaben ein Dispens gewährt wurde.

Der CE sagte über die Zulässigkeit des REP: "Die Klägerin hat aufgrund der Tätigkeit, die ihr ihre Satzung zuweist, ein Interesse daran, über die Einhaltung des Baurechts zu wachen. Daher ist der REP zulässig. "

In anderen Fällen wurde das kollektive Interesse jedoch verneint und die Klagebefugnis deswegen nicht anerkannt.

CE vom 21. November 1923, Association des fonctionnaires de l'administration centrale des PTT (122): Es ging um Maßnahmen gegen einzelne, genau bestimmte Beamte, die für diese von Nachteil waren. Der CE erklärte, die betroffenen Beamten hätten sich nicht gegen die Verwaltungsakte gewandt. Wenn sie es getan hätten, hätte die klagende Vereinigung in dem Streit intervenieren können wegen des Interesses, das viele ihrer Mitglieder an der Entscheidung dieser Rechtsfrage hätten. Aber dieses Interesse gestatte der Vereinigung nicht, selbst vom CE die Aufhebung von Entscheidungen zu verlangen, die nur individuelle Interessen beträfen. Es ist also ein direktes kollektives Interesse erforderlich. Das bloß mittelbare Interesse der Mitglieder an der Entscheidung einer Rechtsfrage genügt nicht, ebensowenig das direkte Interesse von einzelnen bestimmten Mitgliedern.

Die Entscheidung des CE vom 4. Juni 1954, Ecole nationale de l'Administration (123), gehört rein begrifflich schon zum nächsten Kapitel, da die ENA eine juristische Person des öffentlichen Rechtes ist. Da sie aber in diesem Fall vor allem im Interesse ihrer Schüler handelte, betrifft die Entscheidung die in diesem Kapitel behandelte Problematik. Besonders interessant sind die Conclusions des Commissaire du Gouvernement Chardeau, die die tatsächliche Lage scharf und schonungslos erfassen. Ihr wesentlicher Inhalt soll wiedergegeben werden, da er typisch ist für die Arbeitsweise der Commissaires du Gouvernement. M. Vaurs war beim Abschlußexamen der ENA zusammen mit einem anderen Prüfling auf Platz 10 gekommen. Das Außenministerium, das immer die besten Absolventen der ENA bekommt, wollte dieses Mal zehn junge Beamte aufnehmen. Also wurde noch eine Stichprüfung zwischen den

(122) Rec. S. 748

(123) Rec. S. 338 Concl. Chardeau

beiden auf Platz 10 rangierenden Bewerbern nötig. Vaurs unterlag. Er wurde im Wirtschaftsministerium angestellt, aber nach einem halben Jahr doch ins Außenministerium versetzt, wegen seiner guten Beziehungen zum Quai d'Orsay, wie behauptet wurde. Die ENA focht die Versetzung an. Sie wollte die Einhaltung der Regeln über die Verteilung der Stellen nach dem Examen sichern, denn wenn die normalen Ergebnisse des Examens modifiziert würden, würde das ganze System der Schule in Frage gestellt. Außerdem wollte die ENA die Interessen der jetzigen und zukünftigen Schüler verteidigen. Jede unrechtmäßige Ernennung, besonders in einer so begehrten Laufbahn wie dem auswärtigen Dienst, berührt die Interessen an der Beförderung. Der Commissaire du Gouvernement führte aber aus, die Schule sei nicht dazu berufen, die Interessen ihrer Schüler zu vertreten. Das sei ihrer Bestimmung fremd. Sie könne sich nicht an die Stelle der Vereinigungen oder Gewerkschaften der ehemaligen und jetzigen Schüler und der Beamten setzen. Die Schule könne nur in ihrem eigenen Namen handeln und nur dann, wenn es darum gehe, ihr Statut gegen eine Beeinträchtigung zu verteidigen. Die ENA sei daher nicht befugt, die Versetzung von Vaurs anzufechten. Der CE stellte aber in seiner Entscheidung auf die beschränkte Rechtsfähigkeit der ENA ab. Diese sei eine Anstalt des öffentlichen Rechts (établissement public). Die Rechtsfähigkeit, die ihr zur Verwaltung, zur Finanzierung und zur Organisation des Unterrichts verliehen worden sei, berechtige sie nicht, eine Entscheidung vor den CE zu bringen, die außerhalb dieses Rahmens ergangen sei.

X. Das Interesse von Behörden

a) Die Klagen der Selbstverwaltungskörperschaften und ihrer Organe

Die Gemeinen können zunächst ganz handfeste Interessen ihrer Bürger mit dem REP verfolgen. So wurde der REP der Stadt Die gegen ein Dekret zugelassen, das die Aufhebung des Amtsgerichts anordnete (124) und der REP der Stadt Arles gegen eine Anordnung des Finanzministers, die Eintreibung einer örtlichen Steuer einzustellen (125). Vor allem aber ist die Anfechtung von Aufsichtsmaßnahmen zulässig. Hier klagt häufig das Organ, gegen dessen Handeln die Aufsichtsbehörde eingeschritten ist, z. B. der Gemeinderat. Er wird insofern als parteifähig angesehen (126).

(124) CE vom 23. Mai 1952, Ville de Die, Rec. S. 278 - Siehe dagegen VG Stuttgart DV 1950 S. 527, das die Klage einer Gemeinde gegen die Änderung des Arbeitsamtsbezirks für unzulässig erklärt.

(125) CE vom 1. April 1955, Ville d'Arles, Rec. S. 194

(126) Siehe den interessanten Fall CE vom 9. März 1951, Ville de Villefranche-sur-Saône, Rec. S. 144

Die erste Entscheidung über die Anfechtung einer Aufsichtsmaßnahme ist wohl die vom 26. Dezember 1885, Ville de Paris (127). Der Staatspräsident hatte einen Beschluß des Stadtrates aufgehoben. Der CE ließ den REP der Stadt Paris dagegen zu, ohne auf die vom Innenminister erhobene Einrede der Unzulässigkeit einzugehen.
CE vom 9. Dezember 1898, Conseil municipal de Saint-Léger-de-Fourches (128): Der Präfekt hatte mehrere Beschlüsse des Gemeinderates für nichtig erklärt. Der CE verlor kein Wort über die Zulässigkeit und ging sofort zur Prüfung der Begründetheit über.
Ob der Bürgermeister gegen Aufsichtsmaßnahmen den REP erheben kann, war schwieriger zu entscheiden. Es ist zu bedenken (129), daß der Ausgangspunkt der französischen Verwaltungsorganisation die absolute Zentralisierung war. Soweit diese konsequent durchgeführt wird, ist ein REP innerhalb der Behördenhierarchie undenkbar. Erste Ausnahmen wurden für die gewählten Beschlußorgane der dezentralisierten Verwaltungsstellen zugelassen. Für den Bürgermeister dauerte es länger. Erst seit 1882 wird er gewählt, vorher ist er von der Zentralverwaltung ernannt worden. Außerdem sind seine Befugnisse verschiedener Art. Er handelt nicht nur als Organ der Gemeinde, sondern auch als Organ des Staates. In der Entscheidung vom 7. Juni 1902, Maire de Néris-les-Bains (130), unterschied der CE zwischen diesen beiden Kompetenzbereichen. Der Bürgermeister hatte aufgrund seiner Polizeigewalt alle Glücksspiele innerhalb der Gemeinde verboten. Der Präfekt hatte diesen Erlaß aufgehoben. Der Bürgermeister ging dagegen mit dem REP vor. Der CE stellte fest, die Polizeigewalt für die Gemeinde stehe dem Bürgermeister zu. Die Befugnisse, die ihm auf diesem Gebiet zustünden, würden nicht unter der Autorität, sondern nur unter der Überwachung der oberen Verwaltungsbehörde ausgeübt. Diese Feststellungen traf der CE zwar im Rahmen der Prüfung der Begründetheit, aber in ihnen ist auch der Grund für die Zulässigkeit des REP enthalten. Der Bürgermeister ist, wenn er die Polizeigewalt ausübt, nicht in die Hierarchie eingeordnet. Die Aufhebung der Polizeimaßnahmen ist daher ein Eingriff in die Selbstverwaltung, gegen den der REP gegeben ist. Unterschiede zur deutschen Rechtsprechung bestehen insoweit der Sache nach nicht. Vergleiche etwa das Urteil des BVerwG vom 22.11.57 (131).

(127) Rec. S. 997
(128) Rec. S. 775
(129) Hauriou, Anm. zu CE vom 7. Juni 1902, Maire de Néris-les-Bains, S. 1902 III S. 81
(130) a.a.O.
(131) DVBl. 1958 S. 277

b) Klagen der Aufsichtsbehörden

Der CE läßt den REP der Aufsichtsbehörden gegen Akte der Selbstverwaltungsbehörden zu, soweit ihre Aufsichtsbefugnisse nicht ausreichen. Er stellte das zum ersten Mal fest in der Entscheidung vom 24. November 1911, Commune de Saint-Blancard (132). Der Präfekt hatte die Ernennung eines Angestellten durch den Bürgermeister aufgehoben. Der CE ließ den REP der Gemeinde dagegen zu. Zur Frage der Begründetheit führte er aus, keine Bestimmung des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden vom 5. April 1884 unterwerfe Akte des Bürgermeisters dieser Art der Kontrolle durch den Präfekten. Wenn dieser der Ansicht sei, daß der Bürgermeister seine Befugnisse mißbraucht habe, so könne er den betreffenden Akt vor den CE bringen, nicht aber ihn selbst aufheben.
Die Präfekten nahmen sich diese Lehre zu Herzen. Ein Beispiel dafür ist die Entscheidung des CE vom 2. Februar 1951, Préfet de la Marne (133), Ein Bürgermeister hatte seinen Stellvertretern Kompetenzen entzogen, um sie auf Gemeinderäte zu übertragen. Das verstieß gegen Art. 82 des Gesetzes vom 5. April 1884. Der Präfekt kann aber solche Entscheidungen nicht aufgrund seiner Aufsichtsbefugnisse annullieren. Daher legte er den REP ein. Der CE ließ ihn ohne weiteres zu und hielt ihn auch für begründet.
Der CE weist den REP jedoch ab, wenn die Aufsichtsbefugnisse ausreichen. CE vom 24. Dezember 1926, Ministre des Finances (134): Der Finanzminister hatte einen Erlaß des Unterpräfekten angefochten. Der CE hob hervor, es stehe der übergeordneten Verwaltungsbehörde zu, gegebenenfalls die Akte der untergeordneten Behörde aufzuheben. Diese Fähigkeit schließe aus, Akte der Beamten mit dem REP vor den CE zu bringen. Darum sei der REP des Finanzministers unzulässig.
Noch deutlicher ist die Entscheidung des CE vom 21. Oktober 1952, Ministre de l'Intérieur (135). Für bestimmte Obdachlose waren vom Parlament Mittel bewilligt worden, die durch lokale Ausschüsse verteilt werden sollten. Die Entscheidung eines dieser Ausschüsse wurde vom Innenminister angefochten. Der CE meinte, keine Vorschrift habe diesen Ausschüssen den Charakter von Selbstverwaltungsbehörden verliehen, deren Entscheidungen nur im Rahmen der Aufsichtsbefugnisse nachgeprüft werden dürften. Diese Ausschüsse seien als untergeordnete Gebilde (organismes subordonnés) zu betrachten. Es stehe der höheren Verwaltungsbehörde zu, in Anwendung ihrer

(132) S. 1912 III S. 1 Anm. Hauriou
(133) Rec. S. 60
(134) Rec. S. 1171
(135) Rec. S. 863

hierarchischen Gewalt jeden Akt dieser Ausschüsse aufzuheben oder zu ändern, den sie für ungesetzlich oder unzweckmäßig halte. Diese Fähigkeit schließe es aus, den REP zu erheben.

Für die Minister - und nur für sie - gibt es neben dem REP noch den "recours dans l'intérêt de la loi" als Instrument der Kontrolle über die Akte der autonomen Gebietskörperschaften. Dieses Verfahren, das zunächst nur gegen gerichtliche Urteile zugelassen wurde, wandte der CE in der Entscheidung vom 10. April 1908, Ministre de l'Intérieur (136) zum ersten Mal auch gegenüber Verwaltungsakten an. Es führt nicht zur Aufhebung des Verwaltungsaktes mit Wirkung für und gegen alle. Es ist daher auch gegen bestandskräftig gewordene Verwaltungsakte zulässig. Die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes hat nur deklaratorische Wirkung. Sie erlaubt es, die dem Akt zugrundeliegende Rechtsauffassung zu verwerfen und die Verwaltungsbehörde davor zu warnen, ähnliche Akte noch einmal zu erlassen (137).

c) Klagen der Mitglieder von Beschlußorganen gegen die Mißachtung ihrer Rechte

Zwar sind die Mitglieder von Beschlußorganen streng genommen keine Behörden, in der französischen Rechtswissenschaft wird aber ihre Klagebefugnis in diesem Zusammenhang behandelt, wohl wegen der rein tatsächlich ähnlichen Situation. Dieser Anordnung schließe ich mich an.
CE vom 4. August 1905, Martin (138): Der Kläger, Mitglied eines Conseil général, focht Beschlüsse dieses Organes an, da ihr Inhalt den Mitgliedern vorher nicht rechtzeitig mitgeteilt worden sei. Der Commissaire du Gouvernement Romieu bemerkte dazu, grundsätzlich könnten die Mitglieder beschließender Körperschaften deren Beschlüsse nicht anfechten. Eine Ausnahme bestehe aber, wenn sie eine Verletzung ihrer Rechte als Mitglieder geltend machten. Dann hätten sie ein Interesse an der Anfechtung und seien befugt, die Aufhebung des rechtswidrigen Beschlusses zu verlangen. Der CE schloß sich diesen Ausführungen an.
CE vom 9. November 1906, Tandière (139): Der Kläger, ebenfalls Mitglied eines Conseil général, rügte einen Verfahrensverstoß dieses Organs. Ein von ihm eingebrachter Antrag war aus Gründen der Geschäftsordnung verworfen

(136) S. 1910 III S. 98 Concl. Tardieu
(137) So Tardieu a.a.O.; Siehe weiter Auby-Drago Bd. 3 S. 374 ff. Gabolde, L'évolution du recours dans l'intérêt de la loi en matière administrative. D. 1958 Chron. S. 81
(138) Rec. S. 749 Concl. Romieu
(139) Rec. S. 793

worden. Der CE ließ den REP zu. Der Kläger mache geltend, daß der Conseil général durch den angefochtenen Beschluß das Recht verkannt habe, das den Mitgliedern der Departement-Versammlungen auf dem hier in Frage stehenden Gebiet durch Art. 12 des Gesetzes vom 5. April 1884 zuerkannt sei.
CE vom 20. Februar 1929, Joulot (140): Die Kläger, Mitglieder des Gemeinderats von Cosne, machten keine Beeinträchtigung der den Gemeinderäten verliehenen Rechte geltend. Sie hätten keinerlei persönliches Interesse, das ihnen die Befugnis verleihen könnte, die Aufhebung eines Erlasses des Bürgermeisters anzufechten, durch den ein Gemeindebeamter ernannt worden sei. Der REP sei also unzulässig.
Hier ist also einer der Rechtsbereiche, in denen der CE für die Klagebefugnis noch die Geltendmachung einer Rechtsverletzung fordert. Das ist hier vertretbar, weil die Rechte des Mitgliedes einer beschließenden Versammlung verhältnismäßig leicht zu bestimmen sind und folglich meist klar ist, wann in sie eingegriffen wurde.

Die deutsche Rechtsprechung ist ähnlich. Vergleiche das Urteil des LVG Lüneburg vom 21.10.48 (141).

d) Klagen von Behörden innerhalb einer juristischen Person

Grundsätzlich kann eine Behörde Akte einer anderen Behörde, die zur selben juristischen Person gehört, nicht anfechten (142). Der CE hat davon Ausnahmen zugelassen, die nicht notwendig und auch nicht zweckmäßig erscheinen.
CE vom 10. März 1933, Ministre des Finances, und vom 2. November 1934, Ministre de l'Intérieur (143): Nach dem Gesetz vom 30. Januar 1923 konnte der Pensionsminister ehemalige Soldaten auf die Ernennungsliste anderer Ministerien setzen. Die Minister, die nun die Kandidaten des Pensionsministers anstellen sollten, wandten sich dagegen mit dem REP . Der CE ließ ihn zu. Wenn der REP des Präfekten gegen Akte der Gemeindeverwaltung zugelassen wird, so ist das verständlich. Immerhin hat der Präfekt die Aufgabe, darüber zu wachen, daß sich die Gemeinden an die bestehenden Vorschriften halten. Von einem Minister anderen Ministern gegenüber kann man das nicht ohne weiteres sagen. Es besteht die Gefahr, daß der REP

(140) Zsfg. Rec. S. 1458
(141) Verw. Rspr. 1949 S. 197; Siehe weiter bei zit. Rechtsprechung DVBl. 1959 S. 551 ff.
(142) Auby-Drago Bd. 2 S. 515
(143) S. 1935 III S. 105 mit kritischer Anm. Alibert

nicht im Interesse eines Rechtes, sondern aus politischen Motiven benutzt wird. Darum sollte in solchen Fällen die übergeordnete politische Instanz, nämlich der Ministerpräsident, entscheiden. So scheint die Entwicklung in der Praxis verlaufen zu sein, denn verwaltunggerichtliche Entscheidungen dieser Art sind nicht mehr bekannt geworden (144).

(144) Zur Problematik der Klagen von Behörden im deutschen Recht z. B. VG Kassel DÖV 1957 S. 836, das zwar den In-sich-Prozeß ablehnt, aber gewissen Behörden die Parteifähigkeit zuerkennt und dann das Rechtsschutzbedürfnis prüft.

III. Art und Weise der Anfechtung

1. § 12. Der recours parallèle als negative Zulässigkeitsvoraussetzung

Die Voraussetzungen der Zulässigkeit des REP sind sehr weit. Da er überdies gegenüber anderen Verfahren erhebliche Vorteile bietet - kein Anwaltszwang, niedrige Kosten, die der Verlierer erst nach der Entscheidung begleichen muß - bestand die Gefahr, daß er gewisse andere Rechtsbehelfe völlig verdrängen und dadurch das System der Kompetenzen entscheidend verändern würde. Man befürchtete auch, der CE könne ein "Evokationsrecht" erhalten und zu einer "universellen Gerichtsbarkeit" werden. Darum ließ der CE den REP nicht zu, wenn dem Kläger ein anderer Rechtsbehelf (recours parallèle) zur Verfügung stand. Es mußte sich aber immer um eine direkte Klage vor einem Gericht handeln. Das Beschwerderecht gegenüber der Verwaltung genügte nicht, ebensowenig die Möglichkeit einer prozessualen Einrede. Heute fordert der CE auch, daß der Kläger mit dem anderen Rechtsbehelf denselben Effekt erzielen kann wie mit dem REP. Wenn gegen Einzelentscheidungen, die auf einer Verordnung beruhen, ein anderer Rechtsbehelf zulässig ist, so kann gegen die Einzelentscheidung nur dieser andere Rechtsbehelf gebraucht werden. Gegen die Verordnung selbst ist dagegen der REP zulässig, weil eine Annullierung der Verordnung sehr viel weitergehende Wirkungen hat.
So verwies der CE in der Entscheidung vom 8. Juli 1921, Soc. française Norddeutscher Lloyd (1), die Klägerin auf den in Steuersachen vorgesehenen Rechtsbehelf und erklärte den REP als unzulässig.
In der Entscheidung des CE vom 28. Juni 1929, Trutié de Varreux (2), ging es dagegen um die abstrakte und generelle Anordnung einer Gebühr durch Dekre Der CE stellte ausdrücklich fest, die Tatsache, daß der Kläger die Einzelentscheidung mit einem besonderen Rechtsbehelf anfechten könne, stehe der Zulässigkeit des REP gegen die zugrundeliegende Regelung nicht entgegen.

Da die Rechtsprechung den REP nur dann als unzulässig abweist, wenn der recours parallèle vor ein anderes Gericht führt, hat diese Theorie seit der Reform von 1953 stark an Bedeutung verloren. Über den REP entscheiden nun grundsätzlich, wie über die meisten Rechtsbehelfe, die als recours parallèle in Frage kommen, gleichermaßen die Tribunaux administratifs.

---

(1) S. 1925 III S. 12 Concl. Corneille
(2) Rec. S. 635

In der Wissenschaft ist bestritten, ob die Theorie vom recours parallèle ein Fall der Unzuständigkeit des Gerichtes ist (3). Man kann in der Tat annehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er einen besonderen Rechtsbehelf schafft, damit ein Gericht für ausschließlich zuständig erklären will. Da die Rechtsprechung aber immer von recours parallèle und nicht von incompétence spricht, war es zweckmäßig, diesen Fall der Unzulässigkeit besonders zu behandeln (4).

(3) Siehe Auby-Drago Bd. 2 S. 435 ff.

(4) Über die Unzulässigkeit des REP gegen Verträge, die manchmal auch als Anwendung der Theorie des recours parallèle angesehen wird, siehe oben B. I. 1.

2. § 13. Die Form des REP

Nach Art. 40 der Ordonnance vom 31. Juli 1945 muß die verwaltungsgerichtliche Klage (requête) eine summarische Darstellung der Tatsachen und die rechtliche Begründung (moyens) enthalten, weiter die Anträge, sowie Name und Wohnort der Parteien. Das Schriftstück, in dem die angefochtene Entscheidung enthalten ist, muß beigelegt werden, es sei denn, die Entscheidung ist weder publiziert, noch schriftlich mitgeteilt worden und die Verwaltung weigert sich, dem Kläger eine schriftliche Ausfertigung der Entscheidung zu geben, CE vom 26. April 1940, Rousset (1), CE vom 4. Januar 1957, Messin (2). Wenn die Entscheidung darin besteht, daß auf einen Antrag vier Monate nicht geantwortet wurde - das gilt nach Art. 51 der Ordonnance als Ablehnung - so muß grundsätzlich ein Schriftstück beigelegt werden, aus dem sich ergibt, wann der Antrag eingereicht wurde.

In Fragen der Form ist der CE meist großzügig (3). Oft werden Klagen mit Formfehlern angenommen, und der Kläger wird dann aufgefordert, dem Mangel abzuhelfen, CE vom 19. April 1950, Barbier (4), CE vom 1. Februar 1952, Regnier (5).

Nach Art. 45 der Ordonnance vom 31. Juli 1945 besteht für den REP vor dem CE kein Anwaltszwang. Art. 5 Ziffer 2 des Dekretes vom 30. September 1953 bestimmt dasselbe für die Tribunaux administratifs. Der REP soll ein jedem zugängliches Mittel zur Kontrolle der Verwaltung sein. Deshalb sind auch die Kosten niedrig. Zwar müssen die Klageschrift und alle weiteren Schriftsätze auf Stempelpapier eingereicht werden, Art. 44 der Ordonnance. Aber die eigentlichen Verfahrenskosten werden seit dem Dekret vom 9. Dezember 1948, Art. 160 und 165, erst nach Abschluß des Verfahrens von der verlierenden Partei erhoben.

(1) Rec. S. 148
(2) Rec. S. 10
(3) Auby-Drago Bd. 2 S. 163; Odent S. 536 f.
(4) Rec. S. 218
(5) Rec. S. 83

3. § 14. Frist für die Einlegung des REP

Die Frist für die Rechtsbehelfe vor den Verwaltungsgerichten wurde durch Art. 1 des Gesetzes vom 7. Juni 1956 und durch Dekret vom 11. Januar 1965 festgesetzt, und zwar auf zwei Monate. Damit soll die "Stabilität der Rechtslage, die sich aus Entscheidungen der Verwaltung ergibt"(1) gesichert werden. Die Kürze der Frist folgt also aus dem Streben nach Rechtssicherheit. Der Ablauf der Frist schließt nicht nur die Einlegung des REP aus, sondern auch die Änderung der Begründung oder das Vorbringen neuer Gründe, soweit dadurch die rechtliche Grundlage des REP betroffen wird (2). Die Frist beginnt

1. für Verordnungen mit ihrer Veröffentlichung,
2. für Einzelentscheidungen mit der Bekanntgabe an den oder die Beteiligten.

Das Dekret vom 11. Januar 1965, Art. 1 Abs. 2, bestimmt aber, daß es einer ablehnenden Entscheidung gleichkommt, wenn die Verwaltung vier Monate nicht auf einen Antrag antwortet.

Die Rechtsprechung hat die Strenge der Frist weiter abgemildert.
a) Rechtsbehelfe innerhalb der Verwaltung unterbrechen den Lauf der Frist. CE vom 12. Januar 1917, Marchelli (3): Der CE ließ den REP zu, weil nicht bewiesen war, daß zur Zeit der Einlegung einer Beschwerde gegen den angefochtenen Verwaltungsakt bei der übergeordneten Behörde schon mehr als zwei Monate verstrichen waren. Daraus ergibt sich auch, daß Zweifel in Fragen der Frist zugunsten des Rechtsuchenden entschieden werden.
In der Entscheidung vom 20. April 1956, Ecole professionelle de dessin d'industrie (4), stellte der CE fest, daß die Betroffenen immer die Möglichkeit hätten, sich innerhalb der Frist des REP, also innerhalb von zwei Monaten, gegen einen Verwaltungsakt an die erlassende Stelle zu wenden und erst dann den Rechtsweg einzuschlagen, wenn die Verwaltung erneut ablehnend entschieden habe, wiederum innerhalb einer Frist von zwei Monaten.
Man kann hier also von einem fakultativen Vorverfahren sprechen. Es steht dem Betroffenen jedoch frei, ob er sich an die erlassende Stelle selbst wenden will (recours gracieux), oder an die übergeordnete Behörde (recours hiérarchique). Im Fall der Ablehnung ficht der Betroffene dann in der Regel

(1) Donnedieu de Vabres, Concl. zu CE vom 28. März 1952, Piteau, RDP 1952 S. 498
(2) Siehe dazu Tixier, Les effets de l'expiration du délai du REP. D. 1957 Chron. S. 25
(3) Rec. S. 42
(4) D. 1956 S. 323 Concl. Long

beide Entscheidungen mit dem REP an und der CE entscheidet über beide gleichzeitig.

b) Die Frist wird auch durch eine Klage vor einem unzuständigen Gericht unterbrochen.

CE vom 25. Mai 1928, Reynaud (5): Der CE erklärte, wie die an die Verwaltung gerichteten Rechtsbehelfe wahre auch die Klage an ein Zivilgericht die Frist. Jedoch müsse der Kläger, wenn sich das Gericht für unzuständig erkläre, innerhalb von zwei Monaten denREP einlegen.

c) Die Einzelakte, die in Anwendung einer rechtswidrigen Verordnung ergangen sind, können unter Berufung auf diese Rechtswidrigkeit auch nach Ablauf von zwei Monaten seit der Veröffentlichung der Verordnung noch angefochten werden.

So die Entscheidung des CE vom 1. Mai 1929, Abbé Moirat (6), wo eine 1925 ergangene Einzelentscheidung angefochten war, die auf einer Gemeindeverordnung von 1886 beruhte. Der CE erklärte ausdrücklich, daß der Kläger die Legalität der Verordnung bestreiten könne.

d) Auch nach Ablauf von zwei Monaten kann die Änderung einer rechtswidrig gewordenen Verordnung verlangt werden.

Eine Verordnung kann dadurch rechtswidrig werden, daß sich die tatsächliche Lage oder der Stand der Gesetzgebung, auf dem sie beruht, ändern. Dann können die Betroffenen auch nach Ablauf von zwei Monaten seit Veröffentlichung der Verordnung deren Aufhebung oder Änderung verlangen und die Ablehnung dieses Verlangens mit dem REP anfechten.

So ließ der CE in der Entscheidung vom 3. Februar 1933, Lahure (7), den REP zwar nicht gegen die 1903 erlassene Gemeindeverordnung zu, die auch angefochten war, aber gegen eine Entscheidung des Bürgermeisters, in der die Aufhebung der Verordnung abgelehnt wurde. Der CE führte aus, zur Zeit seien keine Umstände gegeben, welche die in der Verordnung angeordneten Beschränkungen unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung rechtfertigen könnten.

Wenn ein Gesetz die Lage geändert hat, kann sogar die Verordnung selbst innerhalb zweier Monate nach Erlaß des Gesetzes angefochten werden. In der Entscheidung des CE vom 10. Januar 1930, Despujol (8), wurde dieser Grundsatz klar ausgesprochen. In jüngster Zeit sind dazu neue Entscheidungen ergangen. In der Entscheidung vom 10. Januar 1964, Ministre de l'Agricul-

(5) S. 1928 III S. 81 Anm. Hauriou

(6) Rec. S. 438

(7) Rec. S. 153

(8) S. 1930 III S. 41 Anm. Alibert

ture (9), schränkte der CE den Grundsatz der Entscheidung Despujol ein. Der CE verlangt jetzt, daß die Änderung der Rechtslage, wenn sie auf wirtschaftlichem Gebiet eintritt, eine Umwälzung (bouleversement) darstellen muß, die vom Willen der Beteiligten unabhängig ist und vom Verordnungsgeber nicht vorausgesehen werden konnte. Die Verordnung muß wirklich ihre Rechtsgrundlage verlieren. Nur dann kann ihre Änderung oder Aufhebung verlangt werden. In dieser Entscheidung wie in der am selben Tag ergangenen Entscheidung Syndicat national des cadres des bibliothèques (10) ist auch nur von einem Verlangen auf Abänderung der Verordnung die Rede, die natürlich ex nunc wirkt, nicht aber von einer ex tunc wirkenden Aufhebung. In der zweiten Entscheidung wird weiter gesagt, daß die Änderung der Verordnung innerhalb von zwei Monaten nach Änderung der Rechtslage bei der Verwaltungsbehörde beantragt und die ablehnende Entscheidung innerhalb von zwei Monaten angefochten werden muß.

e) Nach Ablauf der Frist bleibt unter Umständen eine Klage auf Schadenersatz möglich

CE vom 3. Dezember 1952, Dubois (11): Der Kläger, ein Beamter, hatte sich zunächst mit dem REP gegen seine Entlassung gewandt. Dieser war aber verspätet. Der CE stellte fest, das stehe einer Schadenersatzklage nicht entgegen.

(9) JCP 1964 II 13 574 Anm. Blaevoet; RDP 1964 S. 182
Concl. Braibant, Anm. Waline S. 455; AJDA 1964 S. 150
(10) JCP a.a.O.; AJDA a.a.O.; RDP 1964 S. 459 Concl. Questiaux
(11) JCP 1953 II 7353 Anm. Vedel

C. ZWEITER HAUPTTEIL

DIE BEGRÜNDETHEIT DES REP

I. § 15. Elemente des Begriffes Legalität

Im französischen Recht werden der Maßstab, oder besser die Maßstäbe, an denen ein in zulässiger Weise angefochtener Verwaltungsakt gemessen wird, als "Legalität" (légalité) bezeichnet. Dieses Wort deutet noch an, daß damit ursprünglich die Bindung der Verwaltung an das Gesetz im formellen Sinn gemeint war, an die von einer gewählten Versammlung in dem von der Verfassung vorgeschriebenen Verfahren erlassenen Rechtsnormen. Nach und nach sind auch andere Regeln, an die man die Verwaltung für gebunden hielt, diesem Begriff eingefügt worden, dessen Bedeutung sich damit gewandelt hat. Er bezeichnet nun die Gesamtheit der Regeln, denen die Verwaltung unterworfen ist. Die Frage, die vor allem von Eisenmann (1) aufgeworfen wurde, ist nun, warum die Verwaltung an jede einzelne dieser Regeln gebunden ist. Es ist unbefriedigend, sich hier mit der Aufzählung von Rechtsquellen zu begnügen. Schließlich erläßt die Verwaltung selbst Rechtsnormen, die sie auch wieder abändern oder aufheben kann. Sie ist ihren eigenen Regeln nicht in derselben Weise unterworfen wie die Staatsbürger. Eisenmann vertritt die Ansicht, die Legalität als Bindung der Verwaltung müsse auf das Gesetz im formellen Sinn zurückgeführt werden. Vor ihm hatte schon Carré de Malberg (2) diesen Versuch unternommen.

Im deutschen Verwaltungsrecht ist die Lösung dieses Problems weniger schwierig. Die Normen im Rang unter dem Gesetz ergehen nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigung. Sie empfangen damit ihre Geltungskraft vom Gesetz. Sie binden die Verwaltung, solange sie nicht von einer zuständigen Stelle in dem dafür vorgesehenen Verfahren abgeändert worden sind.

Dagegen besteht in Frankreich, wie oben B. I. 4. gezeigt wurde, schon seit langem ein pouvoir règlementaire ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung. Die so erlassenen Regeln lassen sich nur durch Hilfskonstruktionen auf das Gesetz zurückführen. Schließlich gibt es seit der Verfassung von 1958 einen pouvoir règlementaire autonome. Dieser ist zwar von der Verfassung eingesetzt, aber keinerlei Bestimmungen über

(1) Le droit administratif et le principe de légalité. EDCE 1957 S. 25 ff.
(2) Théorie de la formation du droit par dégrés. Paris 1933 S. 19 ff.

Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung unterworfen, so daß die règlements autonomes nicht als Konkretisierungen der Verfassung angesehen werden können. Durch die Verfassung von 1958 ist auch die Hierarchie der actes règlementaires noch komplizierter geworden. Die Legalität besteht in diesem Bereich darin, daß die Hierarchie der Normen beachtet wird.

Es sei noch auf die Ansicht von Hauriou hingewiesen (3). Hauriou meint, der Begriff des "excès de pouvoir", also des Prüfungsmaßstabes für die Verwaltungsakte im Rahmen des REP, sei viel weiter als der Begriff der Legalität. Er entspreche dem Begriff der Moralität, der weiter sei als der Begriff des Rechtes. In der Tat annulliert der CE, wie weiter unten gezeigt werden wird, Entscheidungen, in denen auf den ersten Blick keine Verletzung irgendeiner Rechtsnorm festzustellen ist. Wenn eine Behörde einen Verwaltungsakt aufgrund einer unwichtigen tatsächlichen Begründung erläßt, annulliert ihn der CE, auch wenn im Gesetz keine besonderen Voraussetzungen für den Verwaltungsakt aufgestellt sind (4). An der Ansicht von Hauriou ist jedenfalls richtig, daß der Prüfungsmaßstab, der im Rahmen des REP angewendet wird, keineswegs nur aus einer Summe von Vorschriften besteht. Wichtig ist insbesondere der Beitrag des Richters selbst zu seiner Bestimmung, der aber auch dann eine Rolle spielt, wenn der Richter vorgibt, sich auf die Anwendung von Vorschriften zu beschränken (5). Darum ist die Bestimmung der Grenzen zwischen den Regeln, an die die Verwaltung gebunden ist, sehr schwierig. Es empfiehlt sich ein weiter und komplexer Begriff der Legalität, der die Gesamtheit der Prüfungsmaßstäbe umfaßt. Eine Lösung des Problems, warum die Verwaltung an sie gebunden ist, kann hier nicht geboten werden. Es bleibt die Aufgabe, die einzelnen Elemente der Legalität kurz darzustellen.

1. Verfassung

Die Exekutive, die ihre Aufgabe und ihre Befugnisse letztlich von der Verfassung erhält, ist an diese als an die ranghöchste Rechtsnorm gebunden. Dieser Grundsatz ist aber im französischen Recht von geringerer Bedeutung als im deutschen Recht, weil der Richter nie die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes prüft (6). Wenn also ein Verwaltungsakt aufgrund eines formellen Gesetzes ergeht, wird er jedenfalls als legal angesehen, selbst wenn das Gesetz verfassungswidrig ist.

(3) Anm. zu CE vom 4. April 1914, Gomel, S. 1917 III S. 25
(4) Siehe dazu unten II § 16
(5) Siehe dazu unten III §17
(6) Siehe oben B. I. 4. § 7

Ein Beispiel für eine direkte Anwendung der Verfassung bietet jedoch die Entscheidung des CE vom 17. Mai 1957, Simonnet (7). Angefochten war ein Dekret der Regierung, erlassen zu einem Zeitpunkt, in dem das Parlament aufgelöst war. Der CE prüfte, ob die Regierung noch ihre Funktionen ausüben konnte und bejahte die Frage aufgrund einer Auslegung des Art. 52 der Verfassung von 1946 in der Fassung vom 7. Dezember 1954.
Unter der Verfassung von 1958 prüft der CE insbesondere, ob sich die Regierung bei der Ausübung ihres pouvoir règlementaire autonome an die durch Art. 34 und 37 festgelegten Grenzen hält. Siehe dazu die schon mehrmals zitierte Entscheidung des CE vom 12. Februar 1960, Soc. Eky (8).
Weder unter der IV. noch unter der V. Republik hat sich die Rechtsprechung klar dafür entschieden, der Präambel der Verfassung den Rang von bindendem Verfassungsrecht zuzuerkennen. Sie hat aber einen anderen Weg gefunden, um die Verwaltung an die darin enthaltenen Rechtsgedanken zu binden. Diese gelten als "allgemeine Rechtsgrundsätze". Siehe dazu unten III. 2.

2. Internationale Verträge

Nach der Rechtsprechung ist die Verwaltung auch an internationale Verträg gebunden (9). Sie prüft aber, ob diese Verträge ordnungsgemäß ratifiziert und veröffentlicht sind, CE vom 16. November 1956, Villa (10).

3. Das Gesetz

Die Bindung der Verwaltung an das Gesetz folgt aus dem Dogma der Volkssouveränität, nach dem die Staatsgewalt vom Volke ausgeht, daher nur in Übereinstimmung mit seinem durch seine gewählten Vertreter formulierten Willen ausgeübt werden darf (11). Was ein Gesetz im formellen Sinne ist, bestimmt die jeweilige Verfassung. Deshalb können auch Akte der Exekutive an dem Prestige teilhaben, das die Gesetze in den normalen Zeiten der parlamentarischen Demokratie erworben haben (12). Die Nationalversammlung hatte durch Beschluß vom 14. Juli 1940 das Staatsoberhaupt, Marschall Pétain, ermächtigt, "Verfassungsakte" zu erlassen. Aufgrund dieser Verfassungsakte hatten die Vorschriften, die vom Regierungschef

(7) Rec. S. 314 Concl. Heumann (8) Rec. S. 101
(9) Siehe die oben B. I. 5. § 8 wiedergegebene Entscheidung vom 30. Mai 1952, Kirkwood
(10) Rec. S. 433
(11) Siehe über den daraus folgenden "Gesetzesstaat" Carré de Malberg, a. a. O. S. 51 ff.; Über die erstrangige Bedeutung des Gesetzes als "expression de la volonté générale" siehe oben B. I. 4. § 7
(12) Vgl. dazu Charlier, Vicissitudes de la loi, Mélanges Maury Bd. 2 S. 303

nach Beschluß des Ministerrats erlassen wurden, den Rang von Gesetzen, CE vom 22. März 1944, Vincent (13).

4. Abstrakte und generelle Akte der Verwaltung

Die von den Verwaltungsbehörden erlassenen Vorschriften haben verschiedenen Rang, je nachdem, von wem und in welchem Verfahren sie erlassen worden sind. Der Rang folgt aus der durch Gesetz und Verordnung bestimmten Hierarchie der Organe der Exekutive; soweit keine ausdrücklichen Vorschriften bestehen, zieht der Richter die Systematik des Verwaltungsaufbaues heran.

Unter der Verfassung von 1958 ergibt sich folgende Rangordnung für die wichtigsten Arten von règlements der Zentralverwaltung (14):

a) Erlasse des Staatspräsidenten aufgrund des Art. 16 der Verfassung, soweit sie Materien regeln, die durch Art. 34 grundsätzlich dem Gesetz vorbehalten sind (15).
b) Ordonnances aufgrund des Art. 38 der Verfassung
c) Dekrete in Ausübung des pouvoir règlementaire autonome nach Art. 37
d) Règlements d'administration publique (16)
e) unter Mitwirkung des CE erlassene Dekrete
f) einfache Dekrete
g) interministerielle Erlasse
h) ministerielle Erlasse

Im Rang darunter stehen noch die Erlasse der Präfekten und Bürgermeister, sowie die Vorschriften, die die Organisation und Benützung eines service public regeln und in der Regel von dessen Chef erlassen werden. Die Rangordnung ergibt sich für die Ziffern a) bis c) aus der Verfassung, im übrigen liegen Entscheidungen des CE vor. In der Entscheidung vom 23. Oktober 1959, Lahaye (17), annullierte der CE ein einfaches Dekret, weil es gegen ein règlement d'administration publique verstoßen hatte.

Am 10. Juli 1953, in der Entscheidung Bernardeau (18) hatte der CE über einen Erlaß des Ministers für Wirtschaft und Finanzen zu befinden. Auf diesem Gebiet bestand schon ein interministerieller Erlaß. Der CE stellte fest, dieser könne nur durch einen anderen interministeriellen Erlaß abgeändert werden und annullierte den angefochtenen Verwaltungsakt.

---

(13) S. 1945 III S. 53 Anm. Charlier
(14) Auby-Drago S. 24
(15) Vgl. die Entscheidung Rubin de Servens, oben B. I. 5. § 8
(16) Siehe darüber oben B. I. 4. § 7
(17) Rec. S. 542
(18) Rec. S. 365

Die Behörden des Departements und der Gemeinde haben nur insoweit die Rechtssetzungsbefugnis, als sie ihnen durch Gesetz zugewiesen ist. Insoweit sind sie jedoch auch gegen Übergriffe höherer Verwaltungsbehörden geschützt. Die örtlichen Polizeibehörden können nach der Rechtsprechung die Verordnungen höherer Behörden abändern unter der doppelten Voraussetzung, daß die örtlichen Verhältnisse es erfordern und daß die lokalen Verordnungen strenger sind. So die Entscheidung des CE vom 7. Juni 1952, Maire de Néris-les-Bains (19), in der es heißt: "Wenn auch Art. 99 des Gesetzes vom 5. April 1884 den Präfekten ermächtigt, Polizeiverordnungen für alle oder mehrere Gemeinden des Departements zu erlassen, so verbietet doch keine Vorschrift dem Bürgermeister einer Gemeinde, über denselben Gegenstand für seine Gemeinde, aus Gründen, die diesem Ort eigen sind, strengere Maßnahmen zu treffen." Der CE führte diese Rechtsprechung bis heute fort. Er entschied insbesondere, daß ein Bürgermeister die Aufführung eines Filmes verbieten kann, der die ministerielle Spielerlaubnis erhalten hat, CE vom 18. Dezember 1959, Soc. Les Films Lutetia (20).

Ob jede Verwaltungsbehörde beim Erlaß eines konkreten und individuellen Verwaltungsaktes an alle abstrakten und generellen Vorschriften der Verwaltung gebunden ist, ist zweifelhaft und umstritten (21). Einen Hinweis scheint die Entscheidung des CE vom 3. Juli 1931, Ville de Clamart (22), zu geben. Es ging um die Steuereinnehmer der Gemeinden, die zwar je nach der Höhe der Steuereinnahmen vom Präfekten oder Präsidenten der Republik ernannt wurden, die aber nach Ansicht des CE trotzdem aufgrund ihrer Funktion Gemeindebeamte blieben. Es stand den Gemeinden daher zu, den Status der Steuereinnehmer durch Gemeindeverordnung zu regeln und, wie im vorliegenden Fall geschehen, Altersgrenzen für sie festzusetzen mit der Folge, daß die ernennende Behörde - die grundsätzlich auch für die Entlassung zuständig ist - den Steuereinnehmer bei Erreichen der Altersgrenze in den Ruhestand versetzen und einen anderen ernennen mußte. So die Entscheidung des CE. Daraus ist jedenfalls zu schließen, daß die Zentralbehörden an die allgemeinen Regeln gebunden sind, die Selbstverwaltungsbehörden in dem ihnen zugewiesenen Wirkungskreis erlassen, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist. Nach ständiger Rechtsprechung des CE ist jede Verwaltungsbehörde beim Erlaß von Einzelentscheidungen an die von ihr selbst erlassenen abstrakten und generellen Regeln gebunden nach dem Grundsatz: legem patere quam fecisti. Die Entscheidung des CE vom 22. Dezember 1905,

(19) Rec. S. 275; S. 1902 III S. 81 Anm. Hauriou
(20) Rec. S. 694
(21) Dafür Laubadère, Traité S. 196; dagegen Auby-Drago, Bd. 3 S. 25
(22) S. 1932 III S. 1 Anm. Bonnard

Delloye (23), scheint die erste in dieser Richtung zu sein. Der CE annullierte eine Einzelentscheidung des Bürgermeisters, die in Anwendung einer ebenfalls vom Bürgermeister erlassenen Gemeindeverordnung ergangen war, aber zu einem anderen als in der Verordnung vorgesehenen Zweck.
In der Entscheidung vom 27. November 1953, Marette (24), annullierte der CE die Entlassung eines Beamten durch den Justizminister, weil dieser einen Ausschuß nicht konsultiert hatte, dessen Mitwirkung durch einen Erlaß abstrakter und genereller Art des Justizministers vorgesehen war.

5. Konkrete und individuelle Akte der Verwaltung

Auch hier spielt die Hierarchie der Verwaltungsbehörden eine Rolle. Ob aber ein Grundsatz besteht, nach dem die höhere Verwaltungsbehörde Einzelakte der untergeordneten Stelle aufheben kann, ist sehr zweifelhaft. Häufig ist die höhere Verwaltungsbehörde daran gebunden, soweit der Akt nicht rechtswidrig ist (25). Es sei noch kurz auf die Bindung der Verwaltungsbehörden an ihre eigenen Einzelakte hingewiesen, oder, anders ausgedrückt, auf die Rechtsprechung des CE zur Rücknahme von Verwaltungsakten (26). Die Rücknahme rechtmäßiger Verwaltungsakte ex tunc ist nach ständiger Rechtsprechung des CE unmöglich, wenn sie Rechte verliehen haben. So sagte der CE in der Entscheidung vom 23. April 1948, Veillard (27): "Der Erlaß vom 5. November 1945, der nicht mit einem Rechtsfehler behaftet war, hatte für den Kläger ein Recht geschaffen; er konnte daher nicht zurückgenommen werden." Von diesem Grundsatz gibt es jedoch Ausnahmen. Insbesondere ist die Rücknahme zulässig, soweit sie in einem Gesetz vorgesehen ist.
Rechtswidrige Verwaltungsakte müssen zurückgenommen werden. Der CE annulliert die Entscheidungen, durch welche die Rücknahme verweigert wird: CE vom 13. Februar 1948, Syndicat national des statistiques (28), für die Ablehnung durch die erlassende Stelle, CE vom 7. Oktober 1960, Ministre de la Santé (29), für die Weigerung der vorgesetzten Stelle, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt aufzuheben. Die Rücknahme ist aber auch hier nur zulässig innerhalb der Frist, in der ein REP eingelegt werden könnte, CE vom 3. November 1922, Cachet (30), oder solange ein gerichtliches

(23) Rec. S. 1009 (24) Rec. S. 517
(25) Siehe Groshens, Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés. AJDA 1966 S. 140 ff.
(26) Siehe Laubadère, Traité S. 273 ff.
(27) Rec. S. 175
(28) Rec. S. 74 (29) Rec. S. 522
(30) RDP 1922 S. 559 Concl. Rivet S. 552; S. 1925 III S. 9 Anm. Hauriou

Verfahren gegen den Akt läuft, CE vom 12. Juni 1936, Kremer (31). Diese Rechtsprechung ist nur dadurch zu erklären, daß die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte als Ersatz für den REP angesehen wird. Wenn dieser nicht mehr möglich ist, so ist die Verwaltung endgültig an ihre Entscheidung gebunden. Damit ist auch dem Erfordernis des Vertrauensschutzes für den Einzelnen Rechnung getragen.

6. Verträge

Die Verletzung von Verträgen kann nicht mit dem REP geltend gemacht werden, CE vom 10. Mai 1901, Aubert (32), und vom 1. Juni 1951, Martel (33). Dafür gibt es eine besondere Verfahrensart, den "recours de plein contentieux" oder "de pleine juridiction", in dem insbesondere Schadenersatz wegen Vertragsverletzung gefordert werden kann.

7. Gerichtliche Urteile

Die Annullierung eines Verwaltungsaktes durch ein Verwaltungsgericht hat für die Verwaltung bindende Kraft (34).

Verwaltung und Verwaltungsgerichte sind an die tatsächlichen Feststellungen gebunden, auf die ein Strafgericht eine Verurteilung gestützt hat. Die Grundsatzentscheidung ist CE vom 19. Juli 1929, Vésin (35). Ein Verwaltungsakt war auf die Tatsache gestützt worden, daß der Kläger als Heereslieferant Betrügereien begangen habe. Er war deswegen zu fünf Jahren Gefängnis verurteilt worden. Der CE hielt sich - und daher erst recht die Verwaltung - durch die Rechtskraft des Strafurteils für gebunden (36).
Nach französischem Recht ist die Verwaltung verpflichtet, ihre hoheitliche Gewalt zur Zwangsvollstreckung gerichtlicher Entscheidungen zur Verfügung zu stellen. So steht es ausdrücklich in der Formel, die die Vollstreckbarkeit der Urteile anordnet. Auch insoweit besteht also eine Bindung der Verwaltung an gerichtliche Urteile. Jedoch erkennt der CE eine Ausnahme an.

---

(31) D. 1936 III S. 53 Concl. Lagrange
(32) Rec. S. 458
(33) Rec. S. 310
(34) Siehe dazu unten D.
(35) Rec. S. 740 Concl. Latournerie; D. 1930 III S. 2 Anm. Waline
(36) Einzelheiten darüber siehe Auby-Drago Bd. 1 S. 117 f.

Die Verwaltung kann ihre Mitwirkung verweigern, wenn die Vollstreckung des Urteils schwere Unruhen hervorrufen würde, CE vom 30. November 1923, Couitéas (37). Die Verweigerung der Ausführung des Urteils ist rechtswidrig, wenn sie nicht aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erfolgt, CE vom 16. April 1946, Soc. des logements economiques (38).

(37) Rec. S. 789; S. 1923 III S. 57 Anm. Hauriou, Concl. Rivet; D. 1923 III S. 59 Concl. Rivet

(38) S. 1947 III S. 16

II. § 16. Die einzelnen Aufhebungsgründe (cas d'ouverture)

Der CE prüfte die Verwaltungsakte zunächst - zu Beginn des 19. Jahrhunderts - nur auf Einhaltung der Zuständigkeit, dann auch auf Einhaltung der Formvorschriften. Später erkannte er den Mißbrauch von Befugnissen als Aufhebungsgrund an. Schließlich verschmolz er die "Beschwerde wegen Verletzung eines wohlerworbenen Rechtes" mit dem REP (1). Es lag daher nahe, daß Laferrière in dem ersten großen systematischen Werk über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (2) die Gründe, aus denen der CE Verwaltungsakte annullierte, in vier Gruppen einteilte, die er "moyens d'annulation" nannte (3): Unzuständigkeit, Formverstöße, Verletzung des Gesetzes und wohlerworbener Rechte (violation de la loi et des droits acquis) (4) und Befugnismißbrauch (détournement de pouvoir). Laferrière erkannte nur ihre prozessuale Bedeutung innerhalb des REP. Es war dann vor allem Bonnard (5), der ihre materielle Bedeutung als negative Bedingungen für die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsakte hervorhob. Diese Auffassung ist heute allgemein anerkannt (6).

Die systematischen Schwächen der klassischen Einteilung sind offensichtlich. Der Begriff der "violation de la loi" ist einerseits zu weit, weil er die anderen drei Aufhebungsgründe einbegreift. Wenn eine unzuständige Verwaltungsbehörde handelt, wenn die vorgeschriebenen Formen nicht beachtet werden, wenn die Verwaltung zu anderen als im Gesetz vorgeschriebenen Zwecken handelt, so liegen auch Verletzungen des Gesetzes vor.

(1) Siehe dazu oben A. I., B. II. 2.

(2) Traité, Paris 1887/88

(3) a.a.O. Bd. 2 S. 468 ff.

(4) Das Erfordernis der Verletzung eines subjektiven Rechtes hat der CE in den Entscheidungen Alcindor vom Juni 1906, Rec. S. 505 ff., endgültig aufgegeben. Siehe oben B. II. 2.

(5) Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le REP. RDP 1923 S. 363. Précis S. 105 ff.

(6) Siehe insbes. Waline, Traité S. 468 ff., der die Aufhebungsgründe nicht beim REP behandelt, sondern innerhalb einer systematischen Untersuchung der "einseitigen Verwaltungsakte", allerdings unter der Überschrift "cas de nullités des actes administratifs".
Das bedeutet aber nur Aufhebbarkeit. Dem Begriff der Nichtigkeit von Verwaltungsakten im deutschen Recht entspricht im französischen der Begriff der "inexistence".

Die "violation de la loi" hat also nur als Residualkategorie einen Sinn. Ein Mangel des Verwaltungsaktes, der weder die Zuständigkeit, noch die Form, noch das von der Verwaltung verfolgte Ziel betrifft, fällt dann eben unter diesen vierten Aufhebungsgrund. Andererseits ist der Begriff, wörtlich genommen, zu eng, denn auch Verstöße gegen die Verfassung, gegen allgemeine Rechtsgrundsätze, gegen Verordnungen, gegen bindende Einzelakte und gegen rechtskräftige Urteile führen zur Aufhebung des Verwaltungsaktes. Es wurden deshalb in neuerer Zeit verschiedene Versuche unternommen, die Aufhebungsgründe strenger zu systematisieren. So vor allem von Gazier (7), der zunächst unterscheidet zwischen "äußerer und innerer Legalität" des Verwaltungsaktes. Verstöße gegen die äußere Legalität sind die Zuständigkeits-, Form - und Verfahrensmängel. Die Kontrolle der inneren Legalität erstreckt sich auf das Erforschen der gesetzlichen Grundlage des Verwaltungsaktes (wenn diese fehlt, wird von "defaut de base légale" gesprochen), auf die Verletzung positiver Vorschriften und auf den Befugnismißbrauch.
Auby und Drago haben diese Einteilung übernommen, differenzieren aber weiter innerhalb der inneren Legalität. Sie unterscheiden (8):

1. Verletzung einer Rechtsnorm
2. Illegalität bezüglich der rechtlichen Begründung eines Aktes (illegalité tenant aux motifs de droit)
   a) Akte außerhalb des Anwendungsbereiches des Gesetzes
   b) Fehlen der gesetzlichen Grundlage
   c) Rechtsirrtum
3. Illegalität bezüglich der tatsächlichen Begründung des Aktes. So, wenn die von der Verwaltung angeführten Tatsachen
   a) nicht der Wirklichkeit entsprechen
   b) nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen
   c) rechtlich falsch qualifiziert werden
   d) falsch gewürdigt werden.
4. Mißbrauch von Befugnissen und von besonderen Verfahrensarten (détournement de pouvoir et de procédure).

Auch Vedel (9) unterscheidet zwischen äußerer und innerer Legalität, zwischen formeller und materieller Kontrolle, und innerhalb der letzteren zwischen objektiver (violation de la loi) und der subjektiven Nachprüfung

(7) Essai de présentation nouvelle des ouvertures du REP en 1950. EDCE 1951 S. 77
(8) Traité Bd. 2 S. 531
(9) D.A. S. 436 ff.

(détournement de pouvoir).

Laubadère (10) geht von den verschiedenen Arten der Rechtswidrigkeit eines Aktes aus. Diese kann sich beziehen auf

1. die erlassende Stelle (incompetence)
2. Form und Verfahren bei Erlaß des Aktes (vice de forme)
3. auf das mit dem Akt verfolgte Ziel (détournement de pouvoir)
4. auf den Gegenstand oder Inhalt des Aktes } (violation de la loi)
5. auf die Begründung des Aktes

Bei Laubadère ist die Ablösung der Lehre von den Mängeln des Verwaltungsaktes vom Prozeßrecht fast vollständig vollzogen. Die Aufhebungsgründe werden als typische Mängel eines Verwaltungsaktes behandelt.

Waline (11) behandelt die Aufhebungsgründe als Verletzungen von Vorschriften, die die Verwaltung binden und Grenzen für ihr Ermessen darstellen.

Odent (12) hat die klassische Einteilung ganz beibehalten. Nur bringt er eine eigenständige Untergliederung der "violation de la règle de droit".

Die Unterscheidung zwischen den einzelnen Aufhebungsgründen hat nicht nur wissenschaftlichen und pädagogischen Wert - als Systematisierung der typischen Mängel des Verwaltungsaktes - sondern ist auch praktisch von Bedeutung. Das gilt insbesondere für die Unterscheidung zwischen äußerer und innerer Legalität.

Grundsätzlich prüft der Verwaltungsrichter zunächst Verstöße gegen die äußere Legalität, wohl aus Gründen der Prozeßökonomie, denn sie sind verhältnismäßig leicht festzustellen. Nur wenn keine äußeren Mängel vorhanden sind, geht er zur Prüfung des Inhalts des Aktes über. Das ist aber gegen die Interessen des Rechtsuchenden, denn ein wegen Zuständigkeits- und Formverstößen annullierter Verwaltungsakt kann unter Wahrung der Zuständigkeits- und Formvorschriften jederzeit neu erlassen werden. Daher schreitet der CE in gewissen Fällen sofort zur Prüfung des Inhalts, nämlich dann, wenn dieser mit einem besonders schweren Mangel behaftet ist, CE vom 22. März 1950, Bressy (13), und vom 2. Februar 1957, Castain (14). Der CE stellt dann fest, es sei nicht nötig, auf die anderen Rügen - welche die äußere Legalität betreffen - einzugehen.

(10) Traité S. 474 ff.
(11) Traité S. 448 ff.
(12) Contentieux administratif S. 856 ff.
(13) Rec. S. 175
(14) Rec. S. 78

Die Unterscheidung zwischen äußerer und innerer Legalität spielt auch bei der Bestimmung der Rechtskraft eine entscheidende Rolle (15).

Unter den Mängeln des Verwaltungsaktes gibt es solche, die der Richter von Amts wegen und andere, die er nur auf ausdrückliche Rüge hin prüft (16). Zur ersten Gruppe (moyens d'ordre public) gehören

1. die Zuständigkeitsmängel, CE vom 18. Oktober 1950, Adler (17)
2. die Fälle, in denen eine Behörde nicht konsultiert wurde, deren Zustimmung zum Erlaß des Verwaltungsaktes vorgeschrieben ist, CE vom 19. Dezember 1956, Lancrin (18)
3. die Fälle, in denen ein Verwaltungsakt "außerhalb des Anwendungsbereiches des Gesetzes" ergangen ist. Damit ist gemeint, daß der Akt die gesetzlichen Voraussetzungen in keiner Weise erfüllt und daß dies schon auf den ersten Blick zu erkennen ist, ohne daß eine genaue Untersuchung angestellt werden muß.

Der CE prüft also solche Mängel von Amts wegen, die besonders kraß, aber auch leicht feststellbar sind.

Eine eingehende Darstellung der Aufhebungsgründe würde zu weit führen. Sie würde auch dazu zwingen, materiell-rechtliche Probleme zu behandeln. Insbesondere sind die Folgen der Verletzung von Zuständigkeits- und Formvorschriften nicht problematisch und brauchen nicht dargestellt zu werden. Dagegen ist es zum Verständnis des REP notwendig, Art und Umfang der richterlichen Kontrolle des Verwaltungshandelns in den Grundzügen zu erklären. Es ist also darauf einzugehen, wieweit der Verwaltungsrichter die Feststellung und Bewertung der Tatsachen durch die Verwaltung (contrôle des motifs, unten 1.) und wieweit er deren Beweggründe nachprüft (détournement de pouvoir et de procédure, unten 2.).
Hier ist der Ausgangspunkt des französischen Verwaltungsrichters - und auch des Wissenschaftlers - von dem seines deutschen Kollegen erheblich verschieden. Im Verwaltungsakt werden drei Elemente unterschieden: Motiv, Gegenstand und Ziel. Diese drei Elemente hat Bonnard (19) besonders klar herausgearbeitet. Jeder Verstoß gegen die innere Legalität betrifft eines dieser Elemente. Bonnard hat damit ein Instrument geschaffen, das sehr gut geeignet ist, die Rechtsprechung des CE zu erfassen.

---

(15) Siehe dazu unten D. II. 1.
(16) Siehe Heurté, La notion d'ordre public dans la procédure administrative. RDP 1957 S. 71
(17) Zsfg. Rec. S. 761
(18) Zsfg. Rec. S. 607
(19) RDP 1923 S. 363 ff.

Unter dem Motiv des Aktes ist nicht etwa der Beweggrund der Verwaltung zu verstehen, sondern die Lage, von der die Verwaltung beim Erlaß des Aktes ausgegangen ist, sei es eine rein tatsächliche, sei es die von einem Rechtsakt geschaffene Lage.
Gegenstand des Aktes ist die Entscheidung, die er enthält.
Ziel jedes Verwaltungsaktes ist natürlich das öffentliche Interesse, das Gemeinwohl. Hier ist aber das spezielle Ziel gemeint, etwa die öffentliche Sicherheit und Ordnung für polizeiliche Maßnahmen.
Bonnard erklärt die Unterscheidung anhand einer Art von Akten, die im französischen Verwaltungsrecht als typische Beispiele von Verwaltungsakten angesehen werden: die Disziplinarmaßnahmen. Motiv einer solchen Maßnahme ist das Verhalten des Beamten, das nach Ansicht der Verwaltung eine dienstliche Verfehlung darstellt. Gegenstand der Maßnahme ist die angeordnete Sanktion. Ziel ist die Aufrechterhaltung der Disziplin. In Frankreich gibt es so wenig wie in Deutschland genau formulierte Tatbestände für Disziplinarvergehen. Die Disziplinarbehörden haben also eine Befugnis ohne daß die Voraussetzungen für deren Ausübung genau normiert sind. Das wird im französischen Verwaltungsrecht als der Regelfall angesehen (20). Befugnisse, die an strenge Voraussetzungen gebunden sind, sind Ausnahmen. In diesen Fällen spricht man von "compétence liée" im Gegensatz zum "pouvoir discrétionnaire", dem Ermessen der Verwaltung, das die Regel ist (21). Im Normalfall entscheidet also die Verwaltung selbst, wann sie von ihrer Befugnis Gebrauch machen will. Dieser Grundgedanke bestimmt die Rechtsprechung. Sie prüft jedoch nach, ob Motiv, Gegenstand und Ziel des Verwaltungsaktes in Ordnung sind.
Das Motiv: Der Verwaltungsakt ist mangelhaft, wenn ihn die Verwaltung aufgrund einer unrichtig festgestellten oder falsch gewürdigten tatsächlichen oder rechtlichen Lage erlassen hat (siehe dazu unten 1.)
Der Gegenstand: Der Verwaltungsakt ist mangelhaft, wenn die in ihm enthaltene Entscheidung gegen eine übergeordnete Rechtsnorm verstößt, z. B. wenn eine gesetzwidrige Handlung angeordnet wird (violation de la loi im engeren Sinn; besondere Probleme tauchen hier nicht auf).

---

(20) Ein weiteres Beispiel bietet Art. 18 Code municipal, der bestimmt, ein Gemeinderat könne durch Dekret aufgelöst werden. Das Dekret muß begründet, im Ministerrat beschlossen und veröffentlicht werden. In welchen Fällen die Auflösung erfolgen darf, wird nicht gesagt

(21) Bonnard, RDP 1923 S. 369
Laubadère, Traité S. 213 ff.

Das Ziel: Der Verwaltungsakt ist mangelhaft, wenn die Verwaltung eine Befugnis nicht zu dem Zweck gebraucht, zu dem sie ihr verliehen wurde (siehe dazu unten 2.).

1. Der Umfang der Kontrolle der Motive

Besonders wichtig ist in diesem Zusammenhang die Nachprüfung der Tatsachen, von denen die Verwaltung ausgegangen ist, und ihrer Würdigung. Es ist aber auch auf die Beziehung zwischen Motiv und Gegenstand einzugehen. Eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit dem Problem des Ermessens im französischen Verwaltungsrecht ist indessen nicht möglich (22). Es können nur einige interessante Aspekte der Rechtsprechung des CE hervorgehoben werden.
Der CE hat immer anerkannt, daß die Verwaltung grundsätzlich und soweit nichts anderes bestimmt ist, in ihrem Handeln frei ist. Er lehnt es daher ab, sich an die Stelle der Verwaltung zu setzen und zu entscheiden, wie sie hätte handeln müssen. Er prüft vielmehr nur, ob die Verwaltung bei ihrer Entscheidung alle Regeln beobachtet hat, die eine recht- und zweckmäßige Entscheidung garantieren sollen.

Das Minimum der Kontrolle

Das Minimum der Kontrolle (23), die der Verwaltungsrichter ausübt, umfaßt die Einhaltung der Zuständigkeits- und Formvorschriften, dann die Prüfung, ob ein Rechtsirrtum oder ein détournement de pouvoir vorliegt und schließlich, ob die Verwaltung von richtig festgestellten Tatsachen ausgegangen ist. Darauf ist hier besonders einzugehen. Zunächst hütete sich der CE überhaupt, in eine Prüfung der dem Verwaltungsakt zugrundeliegenden Tatsachen einzutreten. Er prüfte einen Verwaltungsakt so, wie der Revisionsrichter ein Urteil prüft, also nur auf Rechtsverstöße. Nur in den Fällen der competence liée prüfte der CE schon in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die rechtliche Würdigung von Tatsachen durch die Verwaltung (24) und auch ihr tatsächliches Bestehen (25). Aber erst viel später sprach der CE eindeutig aus, daß er sich zur Prüfung der Tatsachen grundsätzlich für zuständig halte, nämlich in der Entscheidung vom 14. Januar 1916, Camino (26). Der Kläger, Arzt und Bürgermeister der Gemeinde Hendaye, war durch einen Erlaß des

(22) Siehe dazu Venezia, Le pouvoir discrétionnaire. Paris 1959;
Hamson, Executive discretion and judicial control. London 1954
(ebenfalls zum französischen Recht)
(23) Letourneur, Concl. zu CE vom 28. Mai 1954, Barel, RDP 1954 S. 519 ff.
(24) Siehe Letourneur a. a. O.
(25) CE vom 14. April 1864, Laville, Rec. S. 339
(26) CE vom 28. Mai 1866, Blondeau, Rec. S. 519

Präfekten suspendiert und durch ein Dekret endgültig entlassen worden. Diese Verwaltungsakte waren auf zwei Gründe gestützt:

1. Der Kläger habe nicht für einen würdigen Ablauf einer Beerdigung gesorgt, an der er selbst teilgenommen habe, und habe dadurch seine Amtspflichten verletzt.
2. Er habe in seiner Eigenschaft als Bürgermeister ein privates Krankentransportunternehmen benachteiligt.

Der CE stellte fest, er könne zwar nicht die Zweckmäßigkeit von Maßnahmen würdigen, die ihm durch einen REP unterbreitet würden. Aber es stehe ihm einerseits zu, die Richtigkeit der tatsächlichen Begründung zu prüfen, und andererseits, wenn die Tatsachen bewiesen seien, zu untersuchen, ob sie die Anwendung der getroffenen Sanktionen rechtfertigen könnten. Der erste von der Verwaltung angeführte Grund beruhe auf tatsächlichen Behauptungen, deren Unrichtigkeit sich aus den Akten ergebe. Der andere Grund sei nur unzureichend belegt. Jedenfalls aber handele es sich nicht um Fehler bei der Ausübung des Amtes, die das Verbleiben des Klägers in seinem Amt unmöglich machten. Die beiden Verwaltungsakte seien daher rechtswidrig.

Wichtig ist weiter, die Entscheidung des CE vom 20. Januar 1922, Trépont (27). Der Kläger, ein Präfekt, war durch den Innenminister beurlaubt worden mit der Begründung, er habe es selbst beantragt. Das bestritt der Kläger. Der CE führte aus, nach den zu den Akten gegebenen Dokumenten stehe fest, daß der Kläger nicht nur keinen Urlaub beantragt, sondern sogar seine Absicht bekräftigt habe, auf seinem Posten zu bleiben. Der Innenminister habe seine Entscheidung daher auf eine unrichtige tatsächliche Behauptung gestützt und ihr dadurch einen nicht bestehenden rechtlichen Grund gegeben. Die Entscheidung müsse also wegen Rechtswidrigkeit (excès de pouvoir) annulliert werden. Es ist zu beachten, daß der Präfekt als politischer Beamter jederzeit beurlaubt und abberufen werden kann (28). Das Gesetz bestimmt dafür keinerlei Voraussetzungen. Hier bestätigt sich die These, daß der CE nicht nachprüft, ob ein Verwaltungsakt dieses Inhalts objektiv ergehen durfte, sondern nur, ob die Verwaltung bei seinem Erlaß einen Fehler begangen hat. Der CE will darüber wachen, daß der Willensbildungsprozeß der Verwaltung richtig verläuft. Dazu gehört auch, daß sie nicht von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht (29). Diese Rechtsprechung hat der CE fortgeführt,

---

(27) Rec. S. 15; S. 1922 III S. 10 Concl. Corneille; RDP 1917 S. 453 Concl. Corneille, Anm. Jèze; GA S. 128. Die Entsch. des CE vom 4. April 1914, Gomel, die nicht selten in diesem Zusammenhang zitiert wird, betrifft die rechtliche Würdigung von Tatsachen. Siehe dazu weiter unten, C. III.

(28) Rec. S. 65; D. 1924 III S. 36 Anm. R. M.; DRP 1922 S. 81 Concl. Rivet, Anm. Jèze

(29) Laubadère S. 120

so daß die Nachprüfung der Tatsachen heute zum Minimum der Kontrolle gehört (30). Der CE weiß sich - auch gegen den Willen der Verwaltung - Klarheit darüber zu verschaffen, von welchen Tatsachen diese ausgegangen ist. Ein frappantes Beispiel ist die Entscheidung des CE vom 28. Mai 1954, Barel et autres (31). Diese Entscheidung enthält aber auch noch einen neuen Grundsatz: Wenn die Verwaltung sich weigert, die tatsächlichen Gründe anzugeben, auf die sich ihre Entscheidung stützt, so wird unterstellt, daß die vom Kläger behauptete und gerügte Begründung richtig ist, was zur Aufhebung des Verwaltungsaktes führen kann. Die Kläger hatten die Zulassung zur Aufnahmeprüfung für die Ecole Nationale de l'Administration (ENA) - deren Absolventen die höchsten Stellen in der Verwaltung offenstehen - beantragt, waren aber vom zuständigen Staatssekretär abgewiesen worden. Aufgrund eines Presseberichtes und einer Äußerung des Leiters der ENA kamen die Kläger zu der Auffassung, sie seien wegen ihrer politischen Überzeugung abgewiesen worden. Sie waren nämlich Kommunisten. Der Staatssekretär bestritt das vor dem CE. Er verwies den CE darauf, aus den von ihm vorgelegten Aktenstücken die Gründe für die Abweisung zu entnehmen. Der CE forderte ihn auf, die Akten, die bei der Kandidatur der Kläger angelegt worden waren, vollständig vorzulegen - ohne Erfolg. Daraufhin erklärte der CE, daß unter diesen Umständen das von den Klägern behauptete Motiv als festgestellt anzusehen sei. Es stehe dem Staatssekretär zwar zu, im Interesse der Verwaltung zu prüfen, ob die Kandidaten für die Ämter geeignet seien, zu denen die Absolvierung der ENA den Zugang verschaffe. Er könne in dieser Beziehung berücksichtigen, ob die Kandidaten die erforderliche Zurückhaltung (sc. in politischen Fragen) gewahrt hätten. Aber es verstoße gegen den Grundsatz der Gleichheit beim Eintritt in den öffentlichen Dienst, einen Kandidaten nur wegen seiner politischen Ansichten abzuweisen. Die Verwaltung hat also dem Richter die Tatsachen anzugeben, von denen sie bei der Entscheidung ausgegangen ist (32), weil die Nachprüfung der Richtigkeit der Tatsachen zum Minimum der Kontrolle gehört.

(30) Vgl. dazu auch Rivet, Concl. zu CE vom 8. Juni 1934, Augier, D. 1934 III S. 31: "Sie (die Mitglieder des CE) prüfen das Motiv, nicht die Entscheidung (der Verwaltung)."

(31) Vgl. Art. 33 Abs. 1 über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, wo dem Gerichtshof die "Würdigung der aus den wirtschaftlichen Tatsachen oder Umständen sich ergebenden Gesamtlage" verboten wird, soweit nicht "Ermessensmißbrauch" oder Rechtsirrtum gerügt wird. Damit wird das von Letourneur definierte "Minimum der Kontrolle" zum Normalfall gemacht.
Siehe Steindorff, Rechtsschutz und Verfahren im Recht der europäischen Gemeinschaften. Baden-Baden 1964

Der normale Umfang der Kontrolle der Tatsachen

Meist beschränkt sich der Verwaltungsrichter nicht auf das Minimum der Kontrolle, sondern er prüft auch die rechtliche Würdigung (appréciation) der Tatsachen nach (33). Daß ihm diese Würdigung zusteht, hat der CE zum ersten Mal in der Entscheidung vom 14. April 1914, Gomel (34), ausdrücklich ausgesprochen. Er hat aber auch vorher mehr oder weniger eindeutig danach gehandelt, etwa in Entscheidungen auf dem Gebiet des Polizeirechts, wenn er prüfte, ob gewisse Handlungen gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstießen. So z.B. in der Entscheidung vom 19. März 1909, Abbé Déguille (35), wo der CE feststellte, das Tragen des Allerheiligsten in den üblichen Formen - priesterliche Kleidung, Begleitung durch andere Personen - könne nicht aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verboten werden. Der CE entschied also schon damals darüber, wann eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorhanden sei. Die Formel, die er dabei verwendete, rief jedoch den Eindruck hervor, als prüfe er nur in abstracto die Gründe des Verwaltungsaktes.

In der oben zitierten Entscheidung Gomel ging es um die Anwendung eines anderen unbestimmten Gesetzesbegriffes. Art. 118 des Gesetzes vom 13. Juli 1911 gab dem Präfekten die Möglichkeit, die Bauerlaubnis zu verweigern, wenn das Bauvorhaben eine "architektonische Einheit" (perspective monumentale) beeinträchtigen könne. Aufgrund dieser Vorschrift wurde Gomel die Erlaubnis verweigert, an der Place Beauveau in Paris zu bauen. Der CE stellte fest, die Befugnis des Präfekten sei nur beschränkt durch die Notwendigkeit, die Erhaltung eines schönen Stadtbildes mit der Beachtung des Eigentumsrechtes zu vereinbaren. Es stehe dem CE aber zu, nachzuprüfen, ob der Bauplatz wirklich zu einer architektonischen Einheit gehöre und ob das geplante Bauwerk diese Einheit beeinträchtigen könne. Die Place Beauveau könne in ihrer Gesamtheit nicht als architektonische Einheit angesehen werden. Der Präfekt habe den Art. 118 daher falsch angewendet.

Seit dieser Entscheidung ist die Würdigung der Tatsachen durch den CE zur Regel geworden. Es gibt jedoch zwei Ausnahmen, in denen er sich auf die Nachprüfung der Richtigkeit der Tatsachen beschränkt.

(32) Rec. S. 308 Concl. Letourneur; S. 1954 III S. 97 Anm. Mathiot; D. 1954 S. 594 Anm. Morange; RDP 1954 S. 509 Concl. Letourneur, Anm. Waline; GA S. 407.

(33) Siehe dazu weiter CE vom 30. Juni 1959, Grange, Rec. S. 85 Concl. Chardeau

(34) Mosset, Concl. zu CE vom 8. März 1957, Thibault, D. 1957, S. 20 ff.

(35) Rec. S. 488; S. 1917 III S. 25 Anm. Hauriou; GA S. 120

a) Der CE beläßt es beim Minimum der Kontrolle, wenn er glaubt, daß die Verwaltung auf einem bestimmten Gebiet eine besonders große Handlungsfreiheit brauche, z. B. auf dem Gebiet des Ausländerpolizeirechtes. CE vom 13. Juli 1952, Meyer (36): Der Kläger war aufgrund des Art. 23 Abs. 1 der Ordonnance vom 2. November 1945 ausgewiesen worden. Der CE stellte fest, der Kläger habe nicht dargetan, daß der Innenminister seine Entscheidung auf unrichtige tatsächliche Gründe gestützt habe. Weder die Würdigung dieser Tatsache durch den Minister, noch die Zweckmäßigkeit der Maßnahme könnten vor dem CE bestritten werden.
b) Der CE unterläßt die Nachprüfung der Würdigung von Tatsachen, wenn sie technische Spezialkenntnisse voraussetzt. Als Beispiel sei angeführt die Entscheidung vom 27. April 1951, Soc. Toni (37). Durch Dekret war der direkte Verkauf eines giftigen Haarbehandlungsmittels verboten und die Anwendung den zugelassenen Friseuren vorbehalten worden. Der CE wies den REP dagegen ab. Die Würdigung der Giftigkeit dieses Stoffes durch die Verwaltung könne nicht vor dem CE bestritten werden.

Der normale Umfang der Kontrolle durch den CE erfaßt nur die Frage, ob die Verwaltung eine bestimmte Maßnahme ordnungsgemäß erlassen hat, nicht aber die weitere Frage, ob die getroffene Maßnahme ihrem Umfang und ihrer Schwere nach gerechtfertigt war. So prüft der CE in ständiger Rechtsprechung nach, ob ein Disziplinarvergehen oder eine Ordnungswidrigkeit vorliegt, nicht aber, ob die Schwere der Sanktion angemessen ist, CE vom 11. Juli 1952, Monluc (38).
Gelegentlich begründet er diese Reserve damit, daß er nicht über die Zweckmäßigkeit (opportunité) von Verwaltungsakten entscheiden könne, so z. B. in der Entscheidung vom 22. Juli 1936, Godard (39).
Um den Umfang seiner Kontrolle zu definieren, stellt der CE Legalität und Opportunität einander gegenüber. Nur auf die Legalität soll sich seine Kontrolle erstrecken. Auch im Schrifttum (40) wird dieses Begriffspaar noch verwendet, dessen Erkenntnis- und Aussagewert jedoch im Grunde gering ist. Das liegt zum Teil daran, daß der Begriff der Legalität für sich allein schon sehr komplex ist (41) und daß es weitgehend dem Richter überlassen bleibt, seinen Inhalt und Umfang zu definieren (42). Vor allem aber liegen die Begriffe Legalität und Opportunität - Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit - nicht auf derselben Ebene (43) und können daher nicht einander gegenübergestellt

(36) S. 1909 III S. 99
(37) Rec. S. 312
(38) S. 1951 III S. 94, Rec. S. 236
(39) Rec. S. 378
(40) Rec. S. 830
(41) Siehe statt Aller, Vedel D. A. S. 231 ff.
(42) Siehe oben I.
(43) Siehe unten III.

werden. Die Legalität ist die Gesamtheit der Rechtsnormen, die die Verwaltung binden, oder die Eigenschaft eines Rechtsaktes oder Rechtsverhältnisses, diesen Normen zu entsprechen. Die Opportunität dagegen ist ein rein tatsächlicher Begriff, der in gesetzlichen Vorschriften verwendet und dadurch zum Bestandteil der Legalität werden kann (44). Man kann also nicht sagen, daß eine Entscheidung entweder unter dem Gesichtspunkt der Legalität oder der Opportunität getroffen worden sei, und ebensowenig, daß die Opportunität als Prüfungsmaßstab ausscheide.
Der Umfang der Nachprüfung bestimmt sich nach anderen Kriterien. Wenn das Gesetz ein bestimmtes Verhalten der Verwaltung genau vorschreibt (Fall des "pouvoir entièrement lié"), muß auch die Kontrolle durch den Richter vollständig sein. Gesetzverletzungen in einem solchen Fall hat er jedenfalls zu sanktionieren. Wenn das Gesetz der Verwaltung ausdrücklich eine Wahlmöglichkeit einräumt, so entscheidet die Verwaltung, wie sie handeln will. Die richterliche Kontrolle ist ausgeschlossen, da das Gesetz zu erkennen gibt, daß es der Verwaltung die Wahl überlassen will.

Der weitaus häufigste Fall ist aber der, daß der Verwaltung Befugnisse eingeräumt werden, für die überhaupt keine oder nur sehr allgemein formulierte Voraussetzungen aufgestellt werden. Dann taucht die Frage auf, wem das letzte Wort über den Gebrauch der Befugnisse gebührt: der Verwaltung oder dem Verwaltungsgericht. Das Gericht sitzt am längeren Hebel, denn immerhin ist eine gesetzliche Regel vorhanden, die ausgelegt werden kann, und dafür ist das Verwaltungsgericht zuständig. Es hängt also von den Verwaltungsgerichten ab, wie groß die Freiheit der Verwaltung in diesen Fällen ist. Sie haben herauszufinden, welche Fragen sie der Verwaltung überlassen und in welchen sie selber entscheiden wollen. Der CE insbesondere läßt sich bei dieser Abgrenzung durch verschiedene Gesichtspunkte leiten: Rechtsschutzinteresse des Bürgers, Bedeutung der in Frage stehenden Rechtsgüter, rechtlicher oder technischer Charakter der zu entscheidenden Frage. Allgemeine Grundsätze lassen sich darüber nicht aufstellen. Festzuhalten ist jedenfalls, daß der CE ein Ermessen der Verwaltung für gegeben hält, wenn er von "opportunité" spricht.

---

(44) Siehe dazu sehr gut Dubisson, La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du REP. Paris 1957. Insbes. S. 35 ff.

Das Maximum der Kontrolle

Auf bestimmten Gebieten prüft der CE auch nach, ob die Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu dem Sachverhalt steht, aufgrund dessen sie getroffen wurde. Das ist die dritte Stufe der Kontrolle, das Maximum. So kontrolliert der CE in ständiger Rechtsprechung die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit polizeilicher Maßnahmen, insbesondere der Maßnahmen des Bürgermeisters aufgrund des Art. 97 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden vom 5. April 1884. So z. B. in der Entscheidung vom 19. Mai 1933, Benjamin (45): Der Bürgermeister von Nevers hatte zwei Veranstaltungen, auf denen der Kläger sprechen sollte, verboten, weil die gewerkschaftlich organisierten Lehrer Gegendemonstrationen angedroht hatten. Der CE annullierte die Verbote und sagte in der Begründung: "Wenn es dem Bürgermeister auch zusteht, die erforderlichen Maßnahmen für die Aufrechterhaltung der Ordnung zu treffen, so muß er doch die Ausübung seiner Befugnisse mit der gesetzlich geschützten Versammlungsfreiheit in Einklang bringen ... Aus der Sachaufklärung ergibt sich, daß die Möglichkeit von Unruhen keinen solchen Grad von Gefährlichkeit erreicht hat, daß der Bürgermeister die öffentliche Ordnung nicht durch andere polizeiliche Maßnahmen hätte aufrechterhalten können, ohne die Veranstaltungen zu verbieten."
Der CE berücksichtigt sogar die der Verwaltung tatsächlich zur Verfügung stehenden Mittel; so in der Entscheidung vom 19. Juni 1953, Houphouet-Boigny (46):Der Gouverneur von Haute-Volta und der kommissarische Bürgermeister der Gemeinde Bobo-Dioulasso hatten 1948 die Abhaltung eines Kongresses des "Rassemblement démocratique africain" verboten. Dagegen wurde ein REP erhoben. Der CE wies ihn ab mit der Begründung, angesichts der besonderen Situation in Haute-Volta im Jahre 1948 sei die Abhaltung des Kongresses geeignet gewesen, schwere Unruhen hervorzurufen. Die Polizeibehörden hätten bei der Größe des Gebietes nicht über genügend Kräfte verfügt, um die Ordnung aufrechtzuerhalten.
Das Verbot sei daher gerechtfertigt gewesen.
Die Rechtsprechung prüft auch, ob der Grundsatz des mildesten Mittels gewahrt ist. So Tribunal administratif Caën in der Entscheidung vom 20. Dezember 1960, Soc. des films Marceau (47): Der Bürgermeister des Wallfahrtsortes

(45) Siehe die Beispiele bei Waline, Anm. zu CE vom 4. April 1952, Syndicat régional des quotidiens d'Algérie, RDP 1952 S. 1029 ff., hier S. 1034 f.
(46) S. 1934 III S. 1 Concl. Michel, Anm. Mestre
(47) Rec. S. 298

Lisieux hatte die Aufführung des Filmes "Les liaisons dangéreuses" verboten. Das Verwaltungsgericht annullierte das Verbot und führte zur Begründung an, die örtlichen Verhältnisse hätten den Bürgermeister veranlassen können, die Aufführung von Filmen zu bestimmten Zeiten des Jahres und in gewissen Stadtteilen zu verbieten, er sei aber nicht berechtigt gewesen, die Aufführung dieses Filmes für immer und für das ganze Stadtgebiet zu verbieten.

Die Rechtsprechung geht auf dem Gebiet der Polizei in ihrer Kontrolle am weitesten, weil es sich hier ganz deutlich um den Schutz der Freiheit des Einzelnen handelt. Es ist ja gerade die Aufgabe der Verwaltungsgerichte, diese Freiheit zu schützen. In der juristischen Argumentation, die der CE in der Entscheidung Benjamin gebrauchte (48), kommt der Wille des CE, diese Aufgabe wahrzunehmen, deutlich zum Ausdruck: "Es handelt sich darum, die in der Menschenrechtserklärung oder in besonderen Gesetzen garantierten Freiheitsrechte mit der Polizeigewalt zu vereinbaren." Damit gewinnt die Würdigung von Tatsachen - etwa der Gefährlichkeit einer konkreten tatsächlichen Situation - den Charakter einer Rechtsfrage (49).

2. Befugnismißbrauch (détournement de pouvoir)

Dieser ist gegeben, wenn die Verwaltung von einer ihr zustehenden Befugni Gebrauch macht, aber zu einem anderen als dem vorgesehenen Zweck. Die Übersetzung "Ermessensmißbrauch" für den détournement de pouvoir, die sich sogar in den Verträgen über die europäischen Gemeinschaften findet (50), ist also nicht genau. Es handelt sich um einen Mangel des Verwaltungsaktes, der sein Ziel betrifft. Die Bewertung als Aufhebungsgrund im Rahmen des REP begann schon im zweiten Kaiserreich (51) mit den Entscheidungen vom 19. Mai 1858, Vernes (52), und vom 25. Februar 1864, Lesbats (53).

(48) D. 1961 S. 65, Concl. Gabolde

(49) Natürlich auch in vielen anderen Entscheidungen, z.B. vom 19. Februar 1909, Abbé Olivier, Rec.S. 181; S. 1909 III S. 34 Concl. Chardenet, und in den vielen Entsch. über die Abgrenzung zwischen Religionsfreiheit und Polizeigewalt. Vgl. die Zitate GA S. 85 ff.

(50) Art. 33 Abs. 1 des Vertrages über die Gründung der EGKS, Art. 173 des Vertrages über die Gründung der EWG

(51) Siehe zur Geschichte des détournement de pouvoir insbesondere Vidal, L'évolution de détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative. RDP 1952 S. 275 ff.

(52) Rec. S. 399

(53) Rec. S. 209 Concl. L'Hôpital

Der Fall Vernes: Der Bürgermeister der Gemeinde Trouville hatte angeordnet, daß am Badestrand nur der baden dürfe, der sich, natürlich gegen Bezahlung, in den von der Gemeinde aufgestellten Kabinen umgekleidet habe. Der Kläger, der ein Grundstück am Strand besaß, focht die Maßnahme an. Sie habe nicht zum Gegenstand, die Ordnung, den Anstand und die öffentliche Sicherheit zu wahren, sondern nur, die Einkünfte der Gemeinde zu vermehren. Der CE annullierte den Erlaß, "da sich der Bürgermeister nicht auf polizeiliche Maßnahmen beschränkt" habe. Er wollte damit sagen, daß die Maßnahme, obwohl aufgrund polizeil. Befugnisse getroffen, ihrem Ziel nach keinen polizeil. Charakter habe. Der Fall Lesbats: Dem Kläger war durch den Präfekten verboten worden, seine Omnibusse auf den Vorplatz eines bestimmten Bahnhofs fahren zu lassen. Der Grund dafür war, daß die Eisenbahngesellschaft einem anderen Fuhrunternehmer vertraglich das ausschließliche Recht zugesichert hatte, auf dem Vorplatz die Reisenden aufzunehmen und abzusetzen. Der CE stellte fest, aufgrund der Ordonnance vom 15. November 1846 habe der Präfekt das Recht, den Verkehr von öffentlichen und privaten Verkehrsmitteln auf Bahnhofvorplätzen zu regeln, aber nur im Interesse der Polizei und des service public.
Er annullierte den Erlaß des Präfekten.
In der klassisch gewordenen Entscheidung vom 26. November 1875, Pariset (54), formulierte der CE zum ersten Mal ausdrücklich den Grundsatz des détournement de pouvoir. Ein Gesetz vom 2. August 1872 hatte das Zündwarenmonopol eingeführt und die Enteignung der bestehenden Fabriken angeordnet. Der Finanzminister wollte aber nur für die Fabriken eine volle Entschädigung gewähre, die bei Inkrafttreten des Gesetzes noch im Besitz einer Genehmigung waren. Für die anderen bot er nur gnadenweise (à titre gracieux) eine teilweise Entschädigung an. Damit gaben sich die Betroffenen nicht zufrieden. Deshalb wies der Finanzminister die Präfekten an, die fraglichen Fabriken aufgrund der Vorschriften über "gefährliche, lästige und ungesunde Betriebe" zu schließen. Das geschah. Gegen den Erlaß des Präfekten richtete sich der REP des Klägers. Der CE erklärte, aus der Sachaufklärung ergebe sich, daß der Präfekt seine polizeilichen Befugnisse auf Anweisung des Finanzministers zu einem anderen Zweck gebraucht habe, als zu dem sie ihm verliehen worden seien. Er annullierte den Erlaß des Präfekten.

Drei Gruppen von Fällen lassen sich beim détournement de pouvoir unterscheiden:

---

(54) Rec. S. 934, GA S. 20

a) Die Verwaltung hat überhaupt nicht im öffentlichen Interesse gehandelt. Als Beispiel sei angeführt die Entscheidung des CE vom 5. März 1954, Demoiselle Soulier (55): In Somaliland war eine Teppichwebschule errichtet worden. Ihre Leitung war Mlle Soulier anvertraut worden. Der CE entnahm aus dem Zeitpunkt des Vertrages mit Mlle Soulier, aus der Prüfung der wichtigsten Vertragsbestimmungen und aus der Tatsache, daß entgegen den Vorschriften der Verwaltungsrat des Territoriums nicht konsultiert worden war, daß die Schaffung der Schule und die Maßnahmen gegenüber Mlle Soulier ausschließlich in deren Interesse vorgenommen worden und daher mit Befugnismißbrauch behaftet seien.

b) Die Verwaltung hat zwar im öffentlichen Interesse, aber nicht speziell zu dem Zweck gehandelt, zu dem ihr die Befugnis verliehen wurde. Beispiele dafür sind die schon wiedergegebenen Entscheidungen Lesbats und Pariset. Dort wurden fiskalische Interessen mit polizeilichen Mitteln verfolgt.

Das ist ein besonders häufiger Fall des détournement de pouvoir.

Es ist nicht selten, daß der CE selbst einer allgemeinen Befugnis einen ganz speziellen Sinn verleiht, der dann für die Verwaltung bindend ist,

Vgl. CE vom 9. Juli 1943, Tabouret et Laroche (56), und unten III. 1.

c) Der Verfahrensmißbrauch (détournement de procédure).

Es handelt sich hier genau genommen um eine selbständige Kategorie, die aber im allgemeinen wegen ihrer Ähnlichkeit mit dem détournement de pouvoir im Zusammenhang mit diesem behandelt wird. Ein Fall des détournement de procédure ist gegeben, wenn die Verwaltung von einem Verfahren in einem anderen Sinn und zu einem anderen Zweck Gebrauch macht als im Gesetz vorgesehen.

Einen solchen Fall behandelt die Entscheidung des CE vom 3. Februar 1956, Keddar (57): Der Präfekt von Algier hatte gegen den Kläger unter anderem die "réquisition individuelle" angeordnet. Darunter ist zu verstehen: die Heranziehung eines Nichtstörers im polizeirechtlichen Sinn zur Abwendung einer Gefahr. Der CE stellte fest, aus der Sachaufklärung ergebe sich, daß die Anordnung der réquisition zum offenbaren Ziel gehabt habe, die Internierung des Klägers im Lager von Aflou zu ermöglichen, wo er seitdem festgehalten werde. Die réquisition von Personen sei vorgesehen durch Gesetz vom 11. Juli 1938 "um einer Notlage

(55) Rec. S. 139

(56) Rec. S. 182

(57) Rec. S. 46

der Nation gerecht zu werden" und durch Gesetz vom 3. April 1955, um den Gefahren einer Situation zu begegnen, die die Erklärung des Ausnahmezustandes rechtfertigen würde. Das Verfahren der réquisition könne nicht gebraucht werden, um im Interesse der Sicherheit die Freiheit des Betroffenen zu beschränken. Mit der Anordnung der réquisition gegen den Kläger habe der Präfekt in Wirklichkeit die Bestimmungen umgehen wollen, nach denen die Zuweisung eines Wohnsitzes durch die Verwaltung nicht zur Einrichtung von Lagern führen dürfe. Die Maßnahme des Präfekten wurde annulliert.

Auch die Entscheidung des CE vom 24. Juni 1960, Soc. Frampar (58), betraf einen Fall des Verfahrensmißbrauchs. Durch Erlasse vom 29. Dezember 1956 und vom 6. Januar 1957 hatte der Präfekt von Algier mehrere Nummern der von der klagenden Gesellschaft herausgegebenen Zeitung France-Soir beschlagnahmt und zwar alle Exemplare, die zur Auslieferung in Algerien bestimmt waren. Diese Erlasse stützten sich auf Art. 10 des Code d'instruction criminelle (heute Art 30 Code de procédure pénale), nach dem der Präfekt die notwendigen Maßnahmen treffen konnte, um Verbrechen und Vergehen gegen die innere oder äußere Sicherheit des Staates festzustellen und die Täter den Strafgerichten zu überliefern. Die Klägerin richtete einen REP gegen die Maßnahme des Präfekten. Es erhob sich zunächst die Frage der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit (59). Dazu stellte der CE fest, aus den Umständen des Falles ergebe sich klar, daß die Beschlagnahme nicht die Aufklärung einer Straftat zum Ziel gehabt habe, sondern nur die Verbreitung der Zeitung habe verhindern wollen. Zur Beweissicherung hätte ja die Beschlagnahme weniger Exemplare genügt. Es wurde auch nie ein Strafverfahren eingeleitet. Die Beschlagnahme war also ein Verwaltungsakt, ergangen zu dem Ziel, Unruhen zu vermeiden, die durch die Verbreitung bestimmter Artikel hätten entstehen können. Zu diesem Zweck hätte der Präfekt aber, so führte der CE aus, die Befugnisse gebrauchen können, die ihm gemäß Art. 1, 10 Abs. 1 und Art. 12 des Dekrets vom 17. März 1956 über die Notmaßnahmen zur Wiederherstellung der Ordnung und zum Schutz der Personen und Güter des algerischen Territoriums zustanden. Wenn er statt dessen das Verfahren aufgrund des Art. 10 des Code d'instruction criminelle gebraucht habe, so habe er rechtswidrig gehandelt.

Da es sich beim détournement de pouvoir darum handelt, die wahren Beweggründe der Verwaltung aufzudecken, sind die Beweisschwierigkeiten

---

(58) Rec. S. 412 Concl. Heumann, GA S. 479

(59) Siehe dazu die oben B. I. 2. wiedergegebene Entscheidung SARL "Le Monde"

besonders groß. Vom Betroffenen ist nicht zu verlangen, daß er den dét. de p. beweist. Dazu fehlt ihm als Außenstehenden die Möglichkeit. Der CE begnügt sich damit, daß der Kläger Anhaltspunkte liefert, die einen Befugnismißbrauch der Verwaltung als wahrscheinlich erscheinen lassen. Entkräftet die Verwaltung diese Vermutung nicht, so wird die Entscheidung annulliert. So sagte der CE in der Entscheidung vom 23. Oktober 1957, Chailloux (60), gegen die tatsächliche Behauptung, die der Kläger zur Stützung seiner Klage aufstelle, spreche keine der dem CE (sc. von der Verwaltung) vorgelegte Urkunde. Bei diesem Stand der Sachaufklärung müßten die Behauptungen des Klägers als bewiesen angesehen werden. Daraus folge, daß der angefochtene Erlaß nicht im Interesse einer guten Verwaltung, sondern aus anderen Gründen ergangen sei.
Ein weiteres typisches Beispiel für das Vorgehen des CE liefert die Entscheidung vom 26. Oktober 1960, Rioux (61). Der Kläger war Werkmeister in einer staatlichen Waffenfabrik. Er wurde unter Wahrung der durch Dekret vorgeschriebenen Frist entlassen. Darüber beschwerte er sich beim zuständigen Minister und erhob gegen den ablehnenden Bescheid den REP mit der Begründung, der Grund seiner Entlassung sei seine Tätigkeit in der Gewerkschaft und als Sekretär einer Volkshochschule. Der CE stellte fest, daß auch eine Entlassung unter Wahrung der Frist nur im Interesse der Verwaltung erfolgen dürfe. Der Kläger bringe Tatsachen vor, die eine Vermutung für die Richtigkeit seiner Rügen begründeten. Der Minister habe sich darauf beschränkt, das Vorbringen des Klägers zu bestreiten, er habe sich aber impliciter geweigert die Gründe für seine Entscheidung bekanntzugeben. Der Minister sei aufgefordert worden, die Akten mit sämtlichen Urkunden, aufgrund deren die Entscheidung ergangen sei, vorzulegen. Diese enthielten jedoch nichts Genaues über die Gründe der Entlassung. Unter diesen Umständen sei der vom Kläger angegebene Beweggrund als erwiesen anzusehen. Die Entlassung des Klägers, die aus politischen Gründen und nicht im Interesse der Verwaltung erfolgt sei, sei mit einem détournement de pouvoir behaftet.

Die Rechtsprechung zum détournement de pouvoir ist die konsequente Weiterführung des Gedankens, daß der Verwaltungsrichter zu prüfen hat, ob beim Erlaß eines Verwaltungsaktes sämtliche Voraussetzungen beachtet wurden, die seine Recht- und Zweckmäßigkeit garantieren sollen. Dazu gehört auch, daß die Verwaltung im rechten Geist handelt. Sie darf sich nur vom öffentlichen Interesse leiten lassen. Jeder andere Beweggrund verfälscht ihr Handeln und macht den Verwaltungsakt rechtswidrig. Sie muß aber außerdem

---

(60) Rec. S. 548

(61) Rec. S. 558, Concl. Chardeau

den speziellen Aspekt des öffentlichen Interesses beachten, zu desen Förderung ihr die Befugnis übertragen wurde, von der sie Gebrauch machen will. Damit ist das äußerste Maß an Verfeinerung, an Psychologisierung der Kontrolle erreicht. Deshalb glauben manche Autoren nicht mehr von einer Kontrolle der Rechtmäßigkeit sprechen zu können, sie halten vielmehr eine Kontrolle der "Moralität" der Verwaltung für gegeben (62). Jedoch auch die Beweggründe der Verwaltung, die Ziele, die sie verfolgen muß, sind ihr durch Rechtsnormen vorgeschrieben. Die Rolle des Richters bei der Auslegung dieser Vorschriften ist in diesem Bereich kaum größer als anderswo. Nur ist die Kontrolle intensiver. Es handelt sich aber nur um einen Grad-, nicht um einen Wesensunterschied. Das zeigt sich auch darin, daß immer mehr Fälle, die früher als détournement de pouvoir angesehen wurden, heute zu anderen Aufhebungsgründen gerechnet werden, insbesondere seitdem der CE die Richtigkeit und die rechtliche Bewertung der Tatsachen nachprüft, von denen die Verwaltung ausgegangen ist. Wenn etwa gegen einen Polizisten eine Disziplinarstrafe verhängt wird, weil er eine Verwandte des Bürgermeisters zu Recht angezeigt hat, so würde der CE diese Sanktion heute deswegen aufheben, weil die dem Polizisten vorgeworfene Handlung kein Disziplinarvergehen ist. Im Jahre 1900 wurde sie wegen détournement de pouvoir annulliert, CE vom 15. November 1900, Maugras (63). Auch in der oben (1.) zitierten Entscheidung Barel hätte man von détournement de pouvoir sprechen können. Der CE begnügte sich aber damit, die Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit bei der Verleihung öffentlicher Ämter festzustellen.

So sind die Fälle des détournement de pouvoir ziemlich selten geworden. Trotzdem behält dieser Aufhebungsgrund seine selbständige Bedeutung. Wenn die Verwaltung unter Einhaltung aller Zuständigkeits- und Formvorschriften aufgrund eines richtig festgestellten Sachverhaltes und in Ausübung einer Befugnis gehandelt hat, die durch das Gesetz an keinerlei Voraussetzungen gebunden ist, kann sie trotzdem sachfremde Interessen verfolgt haben, die die Aufhebung des Verwaltungsaktes erfordern. Der détournement de pouvoir bietet die Handhabe dafür.

Auf einem Gebiet, das immer mehr an Bedeutung gewinnt, nämlich im Wirtschaftsrecht, zeigt die französische Verwaltungsrechtsprechung jedoch die Tendenz, vom détournement de pouvoir nur einen sehr zurückhaltenden Gebrauch zu machen. In der Entscheidung des CE vom 29. Juni 1951, Syndicat

(62) Hauriou, Précis 12. Aufl. S. 443
Welter, Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative. Thèse Nancy 1929

(63) S. 1901 III S. 57 Anm. Hauriou

de la raffinerie de soufre française (64), ging es um eine Maßnahme der Regierung zur Regelung des Schwefelmarktes. Um der Knappheit dieses Stoffes zu steuern, war der Aufbau einer inländischen Schwefelindustrie gefördert worden. Diese war aber wegen der hohen Produktionskosten gegenüber dem importierten Schwefel nicht konkurrenzfähig. Es wurde ein Einheitspreis festgesetzt. Die Unternehmer, die importierten Schwefel weiterverarbeiteten, hatten an die Unternehmer, die selbst Schwefel produzierten, Ausgleichszahlungen zu leisten, um den Unterschied der Produktionskosten wettzumachen. Im Rahmen dieses Systems wurde einem dieser Unternehmen eine besondere Vergünstigung gewährt. Es sollte auch dann Ausgleichszahlungen erhalten, wenn es unter dem von der Wirtschaftsverwaltung festgesetzten Einheitspreis verkaufte. Dagegen richteten die anderen Unternehmer einen REP. Der CE wies ihn ab mit der Begründung, es sei nicht dargetan, daß das Privileg nicht durch Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses gerechtfertigt sei, denen die Verwaltung bei der Anwendung der wirtschaftsrechtlichen Vorschriften Rechnung zu tragen habe.
Waline stellte in seiner Anmerkung zu Recht fest, daß die angefochtene Maßnahme jedenfalls dem Zweck der Vorschriften widerspreche, die das System der Ausgleichszahlungen geschaffen hätten. Denn diese Vorschriften hätten ja gerade zum Ziel, die Gleichheit zwischen den verschiedenen Unternehmen herzustellen, nicht aber, die Förderung eines einzelnen Betriebes zu ermöglichen. Nach der früheren Rechtsprechung des CE auf anderen Gebieten liege also ein détournement de pouvoir vor.
Auch in der Entscheidung vom 3. Juli 1953, Soc. Cenpa (65), begnügte sich der CE damit, festzustellen, es ergebe sich nicht aus den Akten, daß die angefochtene Maßnahme zu einem Zweck ergangen sei, der den Zielen der Gesetzgebung über die Wirtschaftslenkung fremd sei.

Die Zurückhaltung des CE ist wohl daraus zu erklären, daß sich der CE zur Nachprüfung wirtschaftspolitischer Maßnahmen, bei denen Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit eine große Rolle spielen, als Verwaltungsgericht nicht für berufen hält. Sowohl die Feststellung des Zweckes, zu dem der Gesetzgeber die Befugnis zu Maßnahmen der Wirtschaftslenkung verliehen hat, als auch die Ermittlung des Beweggrundes der Wirtschaftsverwaltung im Einzelfall bietet erhebliche Probleme. Es ist aber nicht zu übersehen, daß damit der Verwaltung ein kontrollfreier Raum zuwächst, in dem Mißbräuche möglich und auch sehr gefährlich sind, denn immerhin kann die Existenz von Privatunternehmen auf dem Spiel stehen (66).

(64) D. 1951 S. 661 Anm. Waline
(65) Rec. S. 342
(66) Siehe de Soto, REP et interventionnisme économique. EDCE 1952 S. 64 ff.

Selbstverständlich ist die Verwaltung auch nach deutschem Recht verpflichtet, nur im öffentlichen Interesse zu handeln. Die Verwaltungsrechtsprechung begnügt sich aber in der Regel damit, Gesetzesverletzungen festzustellen. Außerdem kennt sie nicht die vom CE auf dem Gebiet des détournement de pouvoir aufgestellten Beweisregeln.
Für die französische Verwaltungsrechtsprechung stellt der détournement de pouvoir ein Mittel zur Kontrolle der gesetzesfreien gestaltenden Verwaltung dar (vgl. die Entscheidung Soulier). Der deutschen Rechtsprechung wird das erschwert durch den viel engeren Begriff des Verwaltungsaktes und durch die strenge Beschränkung der Klagebefugnis.
Der détournement de pouvoir ist vom Ermessensmißbrauch zu unterscheiden, mit dem er nicht selten gleichgesetzt wird (67). Ermessen setzt eine Grenze voraus. Es existiert dort nicht, wo keine gesetzliche Vorschrift besteht. Dort gibt es also auch keinen Ermessensmißbrauch, wohl aber den détournement de pouvoir. In dem vom BayObLG (68)entschiedenen Fall, den Forsthoff (69) wiedergibt, kann von Ermessensmißbrauch nicht die Rede sein. Es handelt sich aber um einen typischen Fall des détournement de pouvoir. Die Gemeinde hat ihre Befugnis, die Beziehungen der Städtischen Werke zu ihren Benutzern zu regeln, zu fiskalischen Zwecken mißbraucht.

(67) Forsthoff S. 74
(68) Urteil vom 5. April 1933, BayObLGZ Bd. 33 S. 131
(69) S. 87

III. § 17. Der Richter und die Legalität

Die Komplexität des Begriffes der Legalität wurde schon gezeigt (oben I.). Hier soll insbesondere die Rolle des französischen Verwaltungsrichters bei der Bestimmung des Prüfungsmaßstabes hervorgehoben werden, an dem die Verwaltungsakte gemessen werden, und der - etwas irreführend - Legalität genannt wird. Die Rechtsprechung insbesondere des CE ist ein überzeugendes Beispiel für die wichtige und in ihrer Bedeutung immer noch wachsende Rolle des Verwaltungsrichters, der sich bei genauer Betrachtung nicht auf die Anlegung eines vorgegebenen Maßstabes an den zu prüfenden Verwaltungsakt beschränkt, sondern diesen Prüfungsmaßstab zu einem erheblichen Teil selbst schafft. Das zeigt sich bei der Auslegung unbestimmter Gesetze (unten 1.), bei der Anwendung ungeschriebener "allgemeiner Rechtsgrundsätze" (unten 2.), und schließlich dadurch, daß die Rechtsprechung die Verwaltung in Ausnahmefällen von der strengen Einhaltung der Gesetze und Verordnungen entbindet (Theorie der "circonstances exceptionnelles unten 3.).

1. Die Auslegung unbestimmter Gesetze

Wie Jesch (1) gezeigt hat, wird durch die Rechtsanwendung, insbesondere die Rechtsprechung, der Begriffskern eines unbestimmten Gesetzesbegriffes immer mehr erweitert und der Begriffshof verkleinert. Eine strenge Bindung der Verwaltung an das Gesetz gibt es nur im Bereich des Begriffskerns. Im Bereich des Begriffshofs ist es nicht der Gesetzgeber, sondern der Richter, der letzten Endes entscheidet, ob das Gesetz auf einen bestimmten Fall anzuwenden ist oder nicht. Hier setzt der Richter die Maßstäbe für das Verwaltungshandeln, soweit er nicht der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum zugesteht.
Unbestimmte Gesetze sind im französischen Verwaltungsrecht noch häufiger als im deutschen. Nicht selten beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, der Verwaltung Befugnisse zu verleihen, ohne die Voraussetzungen für ihre Ausübung zu definieren. Die Rechtsprechung übernimmt es dann, das Ziel zu bestimmen, zu dem das Gesetz die Befugnis verliehen hat, und daraus die Bedingungen für ihre Anwendung abzuleiten. So z.B. die Entscheidungen des CE vom 9. Juli 1943, Tabouret et Laroche, und vom 28. Juli 1944,

---

(1) Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht. AöR Bd. 82 S. 173 ff.

Dame Constantin (2). Art. 1 des Gesetzes vom 16. November 1940 bestimmte, daß die Übertragung eines Grundstücks oder seiner Nutznießung unter Lebenden, sowie die Teilung von Grundstücken der Genehmigung durch den Präfekten bedürfen. Das Gesetz sagte nicht, wann diese Genehmigung versagt werden könne. Im Fall Tabouret war sie deswegen verweigert worden, weil das zu erwerbende Grundstück landwirtschaftlicher Natur, der Erwerber aber ein Industrieller war. Der CE annullierte die Ablehnung und stellte nur fest, diese Begründung genüge nicht. In der Entscheidung Constantin sprach er ausdrücklich aus, Art. 1 des zitierten Gesetzes habe den Zweck, die Spekulation zu unterdrücken. Der Präfekt könne die Genehmigung also (nur) verweigern, wenn nach den Umstämden die Grundstücksspekulation als Zweck des Geschäftes nicht auszuschließen sei.

Art. 27 Abs. 1 des Gesetzes vom 9. Dezember 1905 über die Trennung von Kirche und Staat verweist für die Zulässigkeit von "Zeremonien, Prozessionen und anderen äußeren Manifestationen eines Kultes" auf polizeirechtliche Vorschriften, die den Bürgermeister ermächtigen, Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu treffen. Der CE hat in einer langen Reihe von Entscheidungen Grundsätze über die Abgrenzung zwischen Religionsfreiheit und öffentlicher Sicherheit und Ordnung entwickelt. Er hat so zwar auf der Grundlage des Gesetzes, aber in selbständiger Arbeit, ohne durch das Gesetz festgelegt zu sein, Regeln für die Verwaltung geschaffen. Long nennt das (3) einen der schönsten Erfolge der Verwaltungsrechtsprechung. Schon in einer der ersten Entscheidungen, die auf diesem Gebiet ergingen, der Entscheidung vom 19. Februar 1909, Abbé Olivier (4), stellte der CE den wichtigen und bis heute bestehenden Grundsatz auf, daß die örtlichen Gewohnheiten und Gebräuche soweit als möglich beachtet werden müßten und nur angetastet werden dürften, soweit es zur Aufrechterhaltung der Ordnung unbedingt notwendig sei.
Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zu dieser Spezialfrage kann nicht dargestellt werden. Marksteine sind noch die Entscheidungen des CE vom 7. Mai 1914, Abbé Didier (5), vom 2. März 1934, Prothée (6), vom 19. Dezember 1934, Decock et Lefebvre (7), vom 22. Januar 1947, Abbé Blanchard (8), und vom 3. Dezember 1954, Rastouil (9).

(2) D. 1945 S. 163 Anm. Morange (3) AJDA 1955 II bis S. 1
(4) Rec. S. 181; S. 1909 III S. 34 Concl. Chardenet; D. 1910 III S. 121 Concl. Chardenet; RDP 1910 S. 69 Anm. Jèze; GA S. 84
(5) S. 1917 III S. 25
(6) Rec. S. 1235
(7) Rec. S. 1206
(8) Rec. S. 583
(9) AJDA 1955 S. 2 Anm. Long

Auch die deutsche Verwaltungsrechtsprechung erfüllt die Funktion der schöpferischen Rechtsfortbildung. Das beste Beispiel ist die Konkretisierung der polizeirechtlichen Generalklausel durch die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.

2. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze

Nach der Rechtsprechung des CE ist die Verwaltung nicht nur an positive Vorschriften gebunden, sondern auch an die allgemeinen Rechtsgrundsätze (principes généraux du droit). Der CE erkannte sie der Sache nach schon unter der III. Republik an, so den Gleichheitssatz in der Entscheidung vom 9. Mai 1913, Roubeau (10). Auch der Grundsatz, daß Verwaltungsakten keine Rückwirkung beigelegt werden kann, wird vom CE schon seit langem angewendet, obwohl er in keinem Gesetz enthalten ist, CE vom 10. August 1918, Arnaud (11), und vom 8. August 1924, Colson (12). Schließlich sprach der CE in der Entscheidung vom 23. November 1936, Abdoulsen (13), ausdrücklich vom Grundsatz der Gleichheit auf dem Gebiet des Steuerrechtes. Aber erst ab 1944 baute er diese Rechtsprechung weiter aus und sagte in der Entscheidung vom 26. Oktober 1945, Aramu (14), ganz deutlich, der angefochtene Verwaltungsakt widerspreche den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die auch ohne positive Vorschriften anwendbar seien. Diese Weiterentwicklung war notwendig. Unter der III. Republik, bis 1940, konnte der CE davon ausgehen, daß der Gesetzgeber die Grundfreiheiten und die rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze anerkannte und daß er, solange er nichts anderes vorschrieb, von ihrer Geltung ausging (15). Die Rechtsprechung des CE zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ließ sich also als Lückenausfüllung im Geiste des Gesetzgebers begreifen. Das änderte sich unter dem Regime von Vichy, das nicht mehr von Liberalismus und Rechtsstaatlichkeit, sondern von autoritärem Geist bestimmt war. Der CE fand sich also allein mit seinem Bestreben, an den hergebrachten Grundsätzen festzuhalten. Er mußte deren Geltung unabhängig vom Willen des Gesetzgebers statuieren.

Diese Rechtsprechung hat unter der Verfassung von 1958 noch größere Bedeutung erlangt. Wie oben B. I. 4. § 7. festgestellt, hält sich der CE für zuständig, die Exekutive bei der Ausübung der autonomen Verordnungsgewalt (Art. 37 der Verfassung) und beim Erlaß von gesetzesvertretenden

(10) Rec. S. 521 (11) Rec. S. 837 (12) Rec. S. 821

(13) S. 1937 III S. 25 Anm. N.L.

(14) Rec. S. 213

(15) Siehe dazu und zum folgenden: Rivero, Le juge administratif français: un juge qui gouverne ? D. 1951 Chron. S. 21 ff.
Letourneur, Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du CE. EDCE 1951 S. 19 ff.

Verordnungen (Ordonnances, Art. 38) zu kontrollieren. Insbesondere im ersten Fall taucht dann die Frage nach dem Prüfungsmaßstab auf. Gesetze, die außerhalb der in Art. 34 definierten Gebiete, also auf dem Gebiet der autonomen Verordnungsgewalt gemäß Art. 37 ergangen sind, können ja durch Dekret abgeändert oder aufgehoben werden. Die Zustimmung des CE ist erforderlich, wenn die Gesetze vor Inkrafttreten der Verfassung ergangen sind, die Zustimmung des Conseil constitutionnel, wenn sie nachher ergangen sind. Das Gesetz scheidet somit sehr oft als Prüfungsmaßstab aus. Die Verfassung besteht überwiegend aus organisatorischen Vorschriften; sie enthält keinen Grundrechtsteil, sondern nur einzelne Grundrechtsgarantien: den Gleichheitssatz in Art. 2, die Freiheit der Bildung von Parteien in Art. 4, die Freiheit des Einzelnen in Art. 66. Ob die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte und die Präambel der Verfassung von 1946, auf die die Präambel der Verfassung von 1958 verweist, Verfassungskraft haben, ist umstritten (16). Jedenfalls sind sie von der Rechtsprechung noch nicht ausdrücklich als Bestandteile der Verfassung anerkannt (17). Die Kontrolle der autonomen Verordnungen wäre also praktisch bedeutungslos, wenn der CE nicht die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Prüfungsmaßstab hätte, "die sich insbesondere (!) aus der Präambel der Verfassung ergeben und jeden Verordnungsgeber binden, auch wenn keine gesetzlichen Vorschriften bestehen." So ausdrücklich der CE in der Entscheidung vom 26. Juni 1959, Syndicat général des ingenieurs-conseils (18).
Einige der allgemeinen Rechtsgrundsätze sollen hier anhand der Rechtsprechung dargestellt werden.

a) Grundrechte

In den schon zitierten Entscheidungen vom 9. Mai 1913, Roubeau (10), und vom 23. November 1936, Abdoulousen (13), wandte der CE den Gleichheitssatz als allgemeinen Rechtsgrundsatz an.
Eine weitere Ausprägung dieses Grundsatzes zeigt sich in der Entscheidung des CE vom 9. März 1951, Soc. des Concerts du Conservatoire (19), nämlich der "Grundsatz der Gleichheit, der das Funktionieren der services publics beherrscht."
In der Entscheidung vom 17. Dezember 1948, Azoulay (20), ging der CE vom Bestehen eines allgemeinen Freiheitsrechtes aus. Angefochten waren Maßnahmen

(16) Siehe die Literatur bei Vedel, D.A. S. 192
(17) Siehe dazu weiter unten
(18) Rec. S. 394; S. 1959 S. 202 Anm. Drago; D. 1959 S. 541 Anm. L'Huillier; GA S. 466; Siehe dazu oben B. I. 4.
(19) Rec. S. 151; S. 1951 III S. 81 Anm. C.H.; GA S. 343
(20) Rec. S. 521

der Wirtschaftsüberwachung und -lenkung, getroffen durch den Generalgouverneur von Algier aufgrund einer in der Ordonnance vom 6. Juli 1943 enthaltenen Ermächtigung. In dem angefochtenen Erlaß war den Wirtschaftsbehörden auch erlaubt worden, sämtliche Dokumente der zu überwachenden Unternehmen, auch Kontoauszüge u.ä., ohne Rücksicht auf das Berufsgeheimnis zu prüfen und auch in den Wohnungen Durchsuchungen vorzunehmen. Der CE annullierte diese Vorschrift. Die dem Generalgouverneur verliehene Befugnis sei jedenfalls beschränkt durch die Pflicht zur Beachtung der fundamentalen Freiheiten der Bürger, die nur durch Gesetz eingeschränkt werden könnten. Auch in der Entscheidung vom 29. April 1950, Comité dedéfense des libertés professionnelles des experts-comptables (21), legte der CE eine Ermächtigung eng aus, um die Freiheit der Bürger zu sichern. Die Gewerbefreiheit (liberté du commerce et de l'industrie) ist zwar durch ein Dekret vom 2. - 17. März 1791 geschützt. Diese Vorschrift hat aber erst durch die Anwendung in der Rechtsprechung ihre Bedeutung gewonnen.

Man kann die Gewerbefreiheit also, mit der französischen Lehre, als allgemeinen Rechtsgrundsatz ansehen. CE vom 22. Juni 1951, Daudignac (22): Der Bürgermeister von Montauban hatte in einem Erlaß bestimmt, die Fotografen bräuchten für die Ausübung ihres Gewerbes auf öffentlichen Straßen und Plätzen eine besondere Erlaubnis. Der CE annullierte den Erlaß, weil er das Gesetz vom 16. Juli 1912 (über das Reise- und Marktgewerbe) und den Grundsatz der Gewerbefreiheit verletze.
CE vom 29. Juli 1953, Soc. générale des travaux cinématographiques (23): Nach Art. 1 des Gesetzes vom 26. Oktober 1940 brauchten alle Unternehmer der Filmindustrie eine Genehmigung des Generaldirektors des Centre national de cinématographie. Der CE stellte fest, die Befugnis des Generaldirektors, diese Genehmigung zu erteilen oder zurückzunehmen, sei durch die Pflicht, die Gewerbefreiheit zu beachten, beschränkt. Im vorliegenden Fall hatte der Generaldirektor die Genehmigung an die Bedingung geknüpft, daß Regierungskommissare an allen Sitzungen des Verwaltungsrates, der Ausschüsse und der Generalversammlung der Unternehmen teilnehmen, alle Dokumente einsehen und die Ausführung aller Entscheidungen suspendieren könnten. Dazu sagte der CE, diese Anordnungen tasteten die Gewerbefreiheit an und könnten nur in Anwendung einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift erlassen werden.

---

(21) RDP 1951 S. 224 Concl. Odent S. 220 ff., Anm. Waline S. 212 ff.
(22) Rec. S. 362; D. 1951 S. 589 Concl. Gazier, Anm. J.C.; GA S. 347
(23) Rec. S. 430

Die Entscheidung vom 28. Oktober 1960, de Laboulaye (24), ist interessant, weil sie unter der Verfassung von 1958 ergangen ist. Angefochten war ein Dekret vom 16. Mai 1959, das den Weinmarkt regelte. Der CE stellte zunächst fest, daß das Dekret nicht die in Art. 34 der Verfassung aufgezählten Materien betreffe. Dann maß er es an den Grundsätzen der freien Berufsausübung und der Gleichheit vor den öffentlichen Lasten (égalité des citoyens devant les charges publiques) und an den anderen allgemeinen Rechtsgrundsätzen, "die insbesondere durch die Präambel der Verfassung von 1946 garantiert sind, auf die sich die Präambel der Verfassung von 1958 bezieht." In der Entscheidung vom 22. Juli 1963, Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe (25), entwickelte der CE seine Rechtsprechung weiter und sprach aus, daß zu den in Art. 34 dem Gesetzgeber zur Regelung zugewiesenen Freiheitsrechten auch der freie Zugang zu jeder Berufstätigkeit gehöre, die keiner gesetzlichen Beschränkung unterworfen sei. Er nahm also einen allgemeinen Rechtsgrundsatz an, der nur durch Gesetz durchbrochen werden kann. Er stellte dann fest, das angefochtene Dekret schränke diese Freiheit ein und überschreite daher die durch Art. 37 Abs. 1 der Verfassung gesetzten Schranken. Das Dekret wurde annulliert.
Die Freiheit des Gewissens und der Religionsausübung wird durch Art. 1 des Gesetzes vom 9. Dezember 1905 garantiert. Wenn der CE Verwaltungsakte annulliert, weil sie diese Rechte antasten, so stützt er sich auf dieses Gesetz und braucht keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz zu konstruieren.

b) Andere materiellrechtliche Grundsätze

Der CE erkennt seit langem an, daß Verwaltungsakten keine Rückwirkung beigelegt werden darf (26). Aber erst in der Entscheidung vom 28. Februar 1947, Ville de Lisieux (27), sprach er zum ersten Mal von dem Grundsatz, nach dem Verordnungen nur für die Zukunft wirken können. Davon darf nur mit gesetzlicher Ermächtigung abgewichen werden. Es ging in diesem Fall um die rückwirkende Festsetzung des Preises für das Stadtgas durch den zuständigen Minister. Der CE annullierte den Erlaß insoweit.

---

(24) Rec. S. 570

(25) Rec. S. 386

(26) Dupeyroux, La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs. Paris 1953
Letourneur, Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs. EDCE 1955 S. 37 ff.

(27) Rec. S. 83

Über einen ähnlichen Fall entschied der CE am 25. Juni 1948, Soc. du Journal l'Aurore (28).
Er annullierte die rückwirkende Festsetzung des Strompreises, weil sie gegen den Grundsatz der Nicht-Rückwirkung von Verordnungen verstoße.
Aber der Grundsatz gilt auch für Einzelakte. So entschied der CE am 20. Juli 1951, Ducommun (29). Er annullierte deshalb die Suspendierung eines Beamten, soweit ihr Rückwirkung beigelegt war.
Eine Entscheidung aus jüngster Zeit hat den Grundsatz, daß sich niemand ohne rechtlichen Grund bereichern darf, zum Rang eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes erhoben, der auf dem Gebiet der öffentlichen Arbeiten (travaux publics) auch ohne ausdrückliche Vorschrift anzuwenden ist, CE vom 14. April 1961, Ministre de la Reconstruction (30).

c) Verfahrensgrundsätze

Schon in der Entscheidung vom 10. August 1918, Villes (31), hat der CE ungeschriebene Verfahrensgrundsätze anerkannt. Er qualifizierte die Ausschüsse, die über Einsprüche gegen die Festsetzung von Steuern entscheiden, als Gerichte, "von denen alle allgemeinen Verfahrensregeln beachtet werden müssen, deren Anwendung nicht durch eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift ausgeschlossen worden oder mit der Organisation der Ausschüsse unvereinbar ist." Zu diesen allgemeinen Regeln, die für alle Gerichte gelten, auch wenn keine gesetzliche Vorschrift vorhanden sei, gehöre der Grundsatz, daß die Parteien die Möglichkeit haben müßten, zu jeder Urkunde Stellung zu nehmen, die dem Gericht vorgelegt werde.
Auch vor den Verwaltungsbehörden gilt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Wenn die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde den Charakter einer Sanktion hat und die Rechtsstellung des Betroffenen antastet, muß dieser zu den Gründen der Maßnahme Stellung nehmen können (32).

Besonders wichtig ist, daß der CE die Zulässigkeit des REP gegen beeinträchtigende Akte der Verwaltung als allgemeinen Rechtsgrundsatz

(28) Rec. S. 289; S. 1948 III S. 69; Concl. Letourneur; D. 1948 S. 437 Anm. Waline; JCP 1948 II 4427 Anm. Mestre; GA S. 300
(29) Rec. S. 422
(30) RDP 1961 S. 655 Concl. Heumann
Es handelte sich um eine Schadenersatzklage im recours de plein contentieux
(31) Rec. S. 848; S. 1922 III S. 57 Concl. Berget
(32) Chenot, Concl. zu CE vom 5. Mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, D. 1945 S. 110

ansieht. Siehe die (oben A. II. § 2. wiedergegebene) Entscheidung vom 17. Februar 1950, Dame Lamotte (33), die jedenfalls praeter legem, wenn nicht contra legem ergangen ist.
Unter der Verfassung von 1958 läßt der CE ebenfalls nicht zu, daß die Exekutive gewisse Verwaltungsakte der gerichtlichen Nachprüfung entzieht. CE vom 24. November 1961, Fédération nationale des syndicats de police (34): Art. 1 des Gesetzes vom 4. Februar 1960 hatte die Regierung ermächtigt, durch Ordonnance die Maßnahmen zu treffen, die normalerweise dem Gesetz vorbehalten sind und die sich als notwendig erweisen sollten zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zum Schutz des Staates und der Verfassung und zur Befriedung und Verwaltung Algeriens. Der CE legte diese Befugnis einschränkend aus. Sie erstrecke sich nicht darauf, gewisse Verwaltungsakte dadurch der Kontrolle zu entziehen, daß sie nachträglich mit Gesetzeskraft bestätigt würden. Die Ordonnance wurde insoweit annulliert. In der Entscheidung vom 19. Oktober 1962, Canal (35), achtete der CE auf die Einhaltung der Grundsätze des Strafverfahrensrechtes durch die Exekutive. Siehe dazu oben B. I. 5. § 8.

Schließlich erkennt der CE auch den Grundsatz an: Nulla poena sine lege. So in der Entscheidung vom 12. Februar 1960, Soc. Eky (36). In der Entscheidung heißt es, Art. 8 der Menschenrechtserklärung von 1789,auf die die Präambel der Verfassung verweise, stelle das Prinzip auf, daß man nur aufgrund eines Gesetzes bestraft werden könne, das vor dem Delikt beschlossen und promulgiert worden sei. Weder dieser Artikel noch irgendeine andere Bestimmung der Verfassung sehe aber vor, daß die Übertretungen zur Materie des Gesetzes gehörten. Aus der Gesamtheit der Verfassung, insbesondere aus Art. 34, ergebe sich, daß deren Autoren die Regelung der Übertretungen und deren Bestrafung von der Domäne des Gesetzes ausschließen und folglich für diesen Punkt Art. 8 der Menschenrechtserklärung derogieren wollten. Die Materie der Übertretungen gehöre also zur Verordnungsgewalt.

Neben den Verfahrensregeln im Rang von allgemeinen Rechtsgrundsätzen gibt es jedoch noch andere, die auch durch Verordnung derogiert werden können, siehe z.B. CE vom 23. Dezember 1959, Gliksmann (37), Das ist von großer Bedeutung, denn die Regelung des gerichtlichen und des Verwaltungsverfahrens ist in der Verfassung von 1958 nicht dem Gesetzgeber zugewiesen, sondern

(33) Rec. S. 110; GA S. 325
(34) Rec. S. 658
(35) JCP 1963 II 1368 Anm. Debbasch; AJDA 1962 S. 627
(36) Rec. S. 101; S. 1960 S. 131 Concl. Kahn; JCP 1960 II 11 629 bis Anm. Vedel
(37) Rec. S. 708

obliegt der Exekutive. Der CE steht also vor der Aufgabe, zu bestimmen, welche Verfahrensregeln als so fundamental zu bewerten sind, daß auch die an sich zur Regelung des Verfahrens zuständige Exekutive nicht von ihnen abweichen kann. Hinweise geben die Entscheidungen Canal (35) und Fédération nationale des syndicats de police (34).

d) Natur der allgemeinen Rechtsgrundsätze

Zwar ist ein Teil von ihnen in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, sowie in den anderen Bestimmungen der Präambel der Verfassung von 1946 enthalten, auf die die Präambel der Verfassung von 1958 verweist. Es besteht aber keine Einigkeit darüber, ob diese Präambeln den Charakter positiven Rechtes und ob sie Verfassungsrang haben (38). Dem Willen des Verfassungsgebers entspricht es nicht (39). Der CE hat darüber noch nicht ausdrücklich entschieden. Gewisse Formulierungen der Entscheidung Eky (40) scheinen für den Verfassungscharakter der Präambeln zu sprechen. Sichere Beweise sind sie aber nicht.
Dagegen spricht nämlich, daß der CE von allgemeinen Rechtsgrundsätzen spricht, die sich aus der Präambel e r g e b e n. Diese Formulierung deutet an, daß die Grundsätze zwar in der Präambel formuliert sind, daß aber ihr Geltungsgrund anderswo zu suchen ist. Auch sind nicht alle von der Rechtsprechung anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Präambel erwähnt. Es fehlen z.B. die Gewerbefreiheit, das Verbot der Rückwirkung von Verwaltungsakten, das rechtliche Gehör und die Zulässigkeit des REP. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze können also nicht auf positives Gesetzesrecht zurückgeführt werden. Es gibt andererseits keine Anhaltspunkte dafür, daß der CE ihre Grundlage in überpositiven Normen, einer Naturrechtsordnung sieht.
Der CE nimmt vielmehr an, daß die von ihm formulierten Rechtsgrundsätze dem französischen öffentlichen Recht zugrundeliegen und von der geschriebenen Rechtsordnung vorausgesetzt werden. Sie sind in der "republikanischen Verfassungstradition" (41) enthalten. Es handelt sich also nicht um ein Weiterdenken der Gedanken des Gesetzgebers, sondern darum, die Voraussetzungen zu bestimmen, von denen der Gesetzgeber - nach Ansicht des CE - ausgegangen ist. Der CE unterstellt dem Gesetzgeber den Willen, die Freiheiten und Rechte des Einzelnen zu wahren und die Tätigkeit des

(38) Dafür z.B. Vedel D.A. S. 192 ff.; Georgel, Aspects du préambule de la Constitution du 4 oct. 1958. RDP 1960 S. 85 ff.

(39) Siehe Bourdoncle, L'arrêt du CE du 12 fevriér 1960, Soc. Eky, et la limitation du pouvoir constituant. S. 1960 Chron. S. 63

Staates den Regeln zu unterwerfen, die wir gewöhnlich unter dem Begriff der Rechtsstaatlichkeit zusammenfassen. Das ist nicht immer, aber doch manchmal eine Fiktion. Der Vizepräsident des CE, Bouffandeau, sagte (42): "In Wirklichkeit handelt es sich um eine schöpferische Leistung der Rechtsprechung, vollbracht aus überwiegenden Gründen der Gerechtigkeit, um den Schutz der individuellen Rechte der Bürger zu sichern."

Letourneur (43) hebt hervor, daß die Anerkennung der allgemeinen Rechtsgrundsätze "unentbehrlich ist, um die Rechtsordnung zu vervollständigen, innerhalb der sich die Nation angesichts ihrer politischen und wirtschaftlichen Struktur entwickeln soll." Damit ist ein wesentlicher Vorteil des Richterrechtes angedeutet: seine Elastizität, die es ermöglicht, die rechtsstaatlichen Grundsätze den wechselnden politischen und wirtschaftlichen Verhältnissen anzupassen und ihren Wesensgehalt aus dem 19. in das 20. Jahrhundert herüberzuretten.

Über den Rang der allgemeinen Rechtsgrundsätze unter den Rechtsquellen scheint sich der CE selbst nicht ganz klar zu sein. In der Entscheidung vom 7. Februar 1958, Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie (44), sprach er von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die Gesetzeskraft haben. Andererseits sprechen gewisse Formeln der Entscheidung Soc. Eky für ihren Verfassungsrang. Dafür tritt auch Braibant ein (45). Nicht selten wird für diese These das Argument angeführt (46), die principes généraux gälten auch

(40) Dort heißt es in Bezug auf Art. 8 der Menschenrechtserklärung: "Weder dieser Artikel noch irgendeine andere Bestimmung der Verfassung ..." Außerdem argumentiert der CE damit, Art. 34 der Verfassung von 1958 habe Art. 8 der Menschenrechtserklärung abändern wollen.
Am deutlichsten für den Verfassungsrang der allgemeinen Rechtsgrundsätze - allerdings unter der IV. Republik - CE vom 7. Juli 1957, Condamine, RDP 1958 S. 100 Anm. Waline S. 98
Siehe noch Chapus, De la soumission au droit des règlements autonomes. D. 1960 Chron. S. 118

(41) Gutachten des CE über Art. 13 und 90 der Verfassung von 1946, RDP 1953 S. 170 ff.

(42) Zitiert bei Letourneur a.a.O. S. 19

(43) a.a.O.

(44) Rec. S. 74

(45) Für diese Lösung auch Braibant, L'arrêt "Syndicat général des ingénieurs-conseils" et la théorie des principes généraux du droit. EDCE 1962 S. 67 ff.

(46) z.B. Vedel, D.A. S. 202

im Bereich der autonomen Verordnungsgewalt, in dem das Gesetz nicht gelte. Deshalb hätten sie übergesetzlichen Rang und ständen der Verfassung gleich. In Wirklichkeit handelt es sich hier nicht um eine Über-, sondern um eine Nebenordnung. Die principes généraux haben einen weiteren Geltungsbereich als das Gesetz, sie sind aber deswegen noch nicht ranghöher. Praktische Bedeutung hat dieses Problem für die Verwaltungsrechtsprechung kaum, denn der CE hält daran fest, die Kontrolle der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit abzulehnen (siehe dazu oben B. I. 4. § 7.) Darum können Gesetze die allgemeinen Rechtsgrundsätze derogieren. Andererseits ist, solange dies nicht geschehen ist, die Exekutive zweifellos an sie gebunden (Vgl. die zitierten Entscheidungen De Laboulaye, Fédération nationale des syndicats de police, Canal). Im Ergebnis stehen sie also rangmäßig dem Gesetz gleich.

Die Rechtsgrundsätze, die die französische Verwaltungsrechtsprechung der Menschenrechtserklärung entnimmt, haben im deutschen Recht ohne Zweifel Verfassungsrang, da sie im Grundrechtsteil des GG positiviert worden sind. Bei der Auslegung der Grundrechtsartikel hat jedoch auch die deutsche Rechtsprechung - insbesondere des BVerfG - Gelegenheit zu schöpferischer Rechtsfortbildung. Für die übrigen principes généraux finden sich ebenfalls entsprechende Rechtsgedanken im deutschen Recht. Die Rückwirkung von abstrakten und generellen Normen wird als unmöglich angesehen, soweit die betroffenen Rechtssubjekte ihr Verhalten auf sie abgestimmt hätten, wenn sie nicht gewußt hätten, daß ein neuer Rechtssatz auf sie angewendet werden würde (47). Aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) wird abgeleitet, daß Einzelakten der Verwaltung nur in besonderen Fällen Rückwirkung beigelegt werden darf (47a). Werden im Rahmen des öffentlichen Rechtes Leistungen ohne rechtlichen Grund gewährt, so finden entweder die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die ungerechtfertigte Bereicherung Anwendung oder es wird ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch anerkannt, der auch ohne gesetzliche Vorschrift besteht (47b). Die verfahrensrechtlichen Grundsätze sind in den Prozeßordnungen, neuerdings auch in der VwGO, enthalten. Durch die Verfassung ist jedoch die Zulässigkeit eines Rechtsweges gegen hoheitliche Eingriffe garantiert (Art. 19 IV GG). Auch der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, der Grundsatz nulla poena sine lege und das Verbot der Doppelbestrafung haben Verfassungsrang (Art. 103 GG).

---

(47) Wolff S. 118 f.
(47a) Wolff S. 293
(47b) Wolff S. 251

3. Die Theorie der "circonstances exceptionnelles"

Sie hat zum Inhalt, daß die Verwaltung unter besonderen Umständen von gültigen Vorschriften abweichen kann, wenn sie ihre Aufgaben nicht anders erfüllen kann. Der CE verwendete den Begriff der circonstances exceptionnelles zum ersten Mal in der Entscheidung vom 1. Februar 1901, Descroix (48). Es ging damals darum, ob eine Gemeinde ein privatwirtschaftliches Unternehmen - hier eine Bäckerei - gründen oder unterstützen dürfe. Der CE entschied, daß unter besonderen Umständen die Intervention der Gemeinde notwendig sein könne, um die Ernährung der Bevölkerung zu sichern. Nur dann sei sie rechtmäßig. Ganz ähnlich die Entscheidung vom 29. März 1901, Casanova (49). Später sprach der CE in solchen Fällen nur noch von "situations particulières", CE vom 13. Juli 1928, Bourgeat (50).
Die erste Anwendung der Theorie der circonstances exceptionnelles der Sache nach ist die Entscheidung des CE vom 6. August 1915, Delmotte (51). Der Standortkommandant von Annecy hatte nach Ausbruch des Krieges zwei Cafés geschlossen, darunter die "Bar der Fremdenlegion", die dem Kläger gehörte, weil dort Unruhen und Schlägereien vorgekommen waren. Er hatte sich dabei auf Art. 9 § 4 des Gesetzes vom 9. August 1849 über den Belagerungszustand gestützt, nach dessen Abs. 4 die Militärbehörde das Recht hatte, die Versammlungen (réunions) zu verbieten, die sie für geeignet hielt, Unruhen hervorzurufen oder aufrechtzuerhalten. Nach den Conclusions des Commissaire du Gouvernement Corneille wollte das Gesetz vom 9. August 1849 zunächst nur die Befugnisse der Zivilverwaltung auf die Militärbehörden übertragen. Nach ständiger Rechtsprechung hatten die zivilen Verwaltungsbehörden aber nicht das Recht, einen Ausschank zu schließen. Nach herkömmlicher Auslegung fiel das Zusammentreffen mehrerer Personen in einer Gaststätte auch nicht unter den Begriff "réunion". Der Commissaire du Gouvernement vertrat aber die Ansicht, daß Gesetze über den Belagerungszustand anders interpretiert werden müßten. An die Stelle des gewöhnlichen Rechtszustandes trete ein Ausnahmezustand, der an die Erfordernisse der Stunde angepaßt werden müsse. Daher müsse der Begriff "réunion" sehr weit ausgelegt werden. Auch eine Gaststätte falle darunter. Der CE folgte diesen Ausführungen und wies den REP des Cafétiers ab. Er erkannte damit den Grundsatz an, daß die

(48) Rec. S. 105; S. 1901 III S. 41
(49) S. 1901 III S. 73 Anm. Hauriou
(50) Rec. S. 897
(51) Rec. S. 276 Concl. Corneille; S. 1916 III S. 9 Anm. Hauriou;
D. 1916 III S. 1 Concl. Corneille; RDP 1915 S. 700 Anm. Jèze; GA S. 125

Verwaltung in Kriegszeiten weitere polizeiliche Befugnisse hat und öffnete damit den Weg zur Theorie der circonstances exceptionnelles, auch wenn er diesen Begriff nicht ausdrücklich verwendete (52).
Ein weiterer wichtiger Schritt war die Entscheidung des CE vom 28. Juni 1918, Heyriès (53). Art. 65 des Gesetzes vom 22. April 1905 schrieb vor, daß jedem Beamten vor Verhängung einer Disziplinarmaßnahme Einsicht in den Personalakt zu gewähren sei. Der Präsident der Republik hatte die Anwendung dieser Vorschrift durch Dekret vom 10. September 1914 suspendiert. Der Kläger war entlassen worden, ohne daß er den Personalakt hätte einsehen können. Er focht seine Entlassung an und bestritt die Gültigkeit des Dekretes. Der CE führte dazu aus, Art. 3 des Verfassungsgesetzes vom 25. Februar 1875 stelle den Präsidenten der Republik an die Spitze der Verwaltung und betraue ihn mit der Ausführung der Gesetze; er habe daher die Aufgabe, darüber zu wachen, daß die durch Gesetz und Verordnung eingerichteten services publics funktionieren könnten und nicht durch die Schwierigkeiten des Krieges gelähmt würden. Der CE hielt die Ansicht des Präsidenten für vertretbar, daß die Gewährung der Einsicht in die Personalakten die Ausübung der Disziplinargewalt und damit das Funktionieren der für das Leben der Nation wichtigen services publics behindern könnte . Darum erklärte der CE das Dekret für rechtmäßig und wies den REP gegen seine Anwendung als unbegründet ab.
Das juristische Argument des CE ist kaum haltbar. Spezielle Bestimmungen der Verfassung wiesen dem Parlament und nur ihm die Gesetzgebungsgewalt zu. Nach dem geschriebenen Recht konnte der Präsident also nicht ein Gesetz suspendieren. Der CE hat contra legem entschieden.
In der Entscheidung vom 28. Februar 1919, Dames Dol et Laurent (54), versucht der CE nicht mehr, seine Rechtsprechung aus dem Gesetz oder aus der Verfassung zu rechtfertigen. Der Kommandant der Marine von Toulon hatte durch Erlaß vom 9. April, 11. Mai und 24. Juli 1916 allen Ausschankbesitzern verboten, Dirnen - allein oder mit Begleitung - den Zutritt zu den Gasträumen zu erlauben und sie zu bedienen. Den Dirnen hatte er verboten, außerhalb des ihnen vorbehaltenen Viertels ihrem Gewerbe nachzugehen, einen Ausschank zu führen oder dort als Angestellte zu arbeiten. Dagegen erhoben die Klägerinnen, die sich selbst als filles galantes bezeichneten, einen REP. Hier handelte es sich nun nicht mehr darum, wie im Fall Delmotte, ein Gesetz weit auszulegen. Keine gesetzliche Vorschrift ermächtigte den Marine-Kommandanten dazu, die persönliche Freiheit und

(52) GA S. 127
(53) Rec. S. 651; S. 1922 III S. 49 Anm. Hauriou
(54) Rec. S. 208; S. 1918/19 III S. 33 Anm. Hauriou; RDP 1919 S. 338 Anm. Jèze; GA S. 152

die Gewerbefreiheit so stark einzuschränken. Der CE mußte daher selbst eine Grundlage suchen. Er führte aus, die Grenzen der polizeilichen Befugnisse könnten im Frieden nicht die gleichen sein wie in Kriegszeiten, in denen die Interessen der Landesverteidigung dem Grundsatz der öffentlichen Ordnung eine weitere Ausdehnung gäben und für die öffentliche Sicherheit strengere Maßnahmen forderten. Es stehe dem Richter, unter dessen Kontrolle die Polizeigewalt ausgeübt werde, zu, in seiner Beurteilung den aus dem Kriegszustand sich ergebenden Notwendigkeiten Rechnung zu tragen, je nach den Umständen der Zeit und des Ortes, der Art der betroffenen Personen und der Natur der Gefahren, denen es zu begegnen gelte. Der CE würdigte dann die Umstände des Falles, insbesondere die Gefahren für die öffentliche Ordnung und Gesundheit, aber auch die Gefahr des Verrats von Geheimnissen und kam zu dem Ergebnis, die getroffenen Maßnahmen seien notwendig gewesen für die Truppe und das nationale Interesse. Die Einschränkung der persönlichen Freiheit für die Dirnen und der Gewerbefreiheit für die Ausschankbesitzer überschreite nicht die Grenzen der Befugnisse, die der Marine-Kommandant unter den beschriebenen Umständen habe. Der REP wurde abgewiesen.

Der CE baute dann diese Theorie weiter aus. Die Ausnahmesituationen im zweiten Weltkrieg boten ihm dazu Gelegenheit. Nach der Rechtsprechung kann die Verwaltung von Vorschriften über die Zuständigkeit (a), über die Form (b) und über den Inhalt von Verwaltungsakten (c) abweichen.

a) In der Entscheidung des CE vom 26. Juni 1946, Viguier (55), ging es um Maßnahmen an einer Verwaltungsbehörde zur Kriegszeit. Der CE stellte dazu fest, zu dieser Zeit hätten die Behörden wegen der Notwendigkeit einer möglichst schnellen Entscheidung ihre Befugnisse an untere Behörden weiterübertragen können, auch wenn das nicht durch Gesetz oder Verordnung vorgesehen gewesen sei.

Die Zuständigkeit kann sich auch vom Gesetzgeber auf die Exekutive verlagern, CE vom 16. April 1948, Laugier (56). Der Kläger, ein Offizier, focht an

1. ein Rundschreiben des Kriegskommissars, das anordnete, alle Berufsoffiziere, die nicht zu den Streitkräften der provisorischen Regierung gehörten, würden als in den vorläufigen Ruhestand versetzt betrachtet
2. einen Ministerialerlaß, der bestätigte, daß der Kläger in den vorläufigen Ruhestand versetzt sei.

---

(55) Rec. S. 179

(56) S. 1948 III S. 36 Concl. Letourneur

Der CE stellte fest, nur eine Vorschrift mit Gesetzeskraft könne einen neuen Status für die Offiziere schaffen. Aber zur damaligen Zeit hätten besondere Umstände geherrscht. Insbesondere habe die Regierung nicht zusammentreten und Gesetze in Form von Ordonnances erlassen können. Diese Umstände hätten den Kriegskommissar zu den Maßnahmen ermächtigt, die unbedingt nötig gewesen seien, um die Lage vorläufig zu regeln. Aber diese Entscheidungen dürften, wenn sie, wie hier, auf dem dem Gesetzgeber vorbehaltenen Bereich lägen, nicht mehr angewendet werden in dem Augenblick, in dem die zur Gesetzgebung ermächtigte Stelle in der Lage sei, diese Befugnis auszuüben. Der CE geht so weit, schlichte Staatsbürger, die sich - in Abwesenheit der rechtmäßigen Behörden - um die Verwaltung angenommen haben, als Verwaltungsbehörden zu qualifizieren (Theorie von den de-facto Beamten, fonctionnaires de fait).
CE vom 5. März 1948, Marion et autres (57): Am 20. Mai 1940 hatten der Bürgermeister und die meisten Gemeinderäte von Saint-Valéry-sur-Somme vor dem drohenden deutschen Einmarsch die Gemeinde verlassen. Marion und andere Bürger hatten eine "Gemeindeverwaltung de facto" (municipalité de fait) geschaffen. Um die Plünderung zu vermeiden und die Ernährung der Einwohner zu sichern, waren Lebensmittel und andere Waren in den Geschäften der Gemeinde beschlagnahmt und durch die "Verwaltung" verkauft worden. Der CE stellte fest, diese Maßnahmen hätten der gesetzlichen Zuständigkeit der Gemeindebehörden entsprochen. In dem Maße, in dem ihnen die besonderen Umstände, die durch den Einmarsch entstanden seien, den Charakter der Notwendigkeit und Dringlichkeit gegeben hätten, müßten diese Maßnahmen als Verwaltungsakte angesehen werden.

b) In der schon angeführten Entscheidung Heyriès ließ der CE die Abweichung von einer Formvorschrift zu. Ebenso in der Entscheidung vom 28. März 1947, Crespin (58): Nach Art. 20 des Gesetzes vom 11. Juli 1938 werden die für die Verwaltung erforderlichen Leistungen durch Vertrag oder, wenn dieser nicht zustande kommt, durch Requisition erworben. Grundsätzlich muß die Verwaltung also versuchen, zu einer gütlichen Einigung zu kommen. Das war in dem zu entscheidenden Fall unterlassen worden. Der CE stellte fest, wegen der Dringlichkeit der Maßnahme - es handelte sich um die Unterbringung von entlassenen Gefangenen und Deportierten - mache die Unterlassung des vorgeschriebenen Verfahrens den Akt nicht illegal.

---

(57) Rec. S. 113
(58) Rec. S. 142

c) Der CE hielt in der oben zitierten Entscheidung Dol et Laurent einen Verwaltungsakt für rechtmäßig, der nach den bestehenden Vorschriften nicht hätte ergehen dürfen.
Am 19. Februar 1947, Bosquain (59), entschied der CE, ein Präfekt habe in Anbetracht der besonderen Umstände rechtmäßigerweise die Internierung einer für die Landesverteidigung gefährlichen Person in einem Gefängnis anordnen können. Es habe Krieg geherrscht, und eine andere Einrichtung zur Unterbringung gefährlicher Personen habe gefehlt.

Die Bedingungen für das Eingreifen der Theorie der circonstances exceptionnelles wurden in den Conclusions des Commissaire du Gouvernement Letourneur zu der schon zitierten Entscheidung Laugier ausdrücklich ausgesprochen, incidenter auch in dieser Entscheidung selbst:

1. Es muß eine anormale Lage bestehen: Fehlen der regulären Behörden, plötzliches Eintreten von Ereignissen gefährlicher und unvorhergesehener Art (vgl. die Entscheidungen Marion einerseits und Viguier, Laugier, Bosquain andererseits).
2. Es muß unmöglich sein, legal zu handeln.

Nur für die Dauer der anormalen Situation dürfen die im öffentlichen Interesse liegenden Maßnahmen getroffen werden, "um den Notwendigkeiten des Augenblicks zu begegnen", CE vom 4. Juli 1947, Entreprise Chemin (60).

Eine genauere Definition ist, wie auch Letourneur zugibt, unmöglich. Es handelt sich jedenfalls ganz eindeutig um Richterrecht. Der CE nimmt für sich in Anspruch, entscheiden zu können, wann die Verwaltung von den bestehenden Vorschriften abweichen darf. Laubadère (61) meint dazu, die Ausnahmebefugnisse, die sich aus der Rechtsprechung ergäben, erlaubten dem Richter, den Inhalt der Legalität extra und sogar contra legem zu modifizieren. Er gesteht damit den entscheidenden Einfluß des Richters bei der Bestimmung des Prüfungsmaßstabes für Verwaltungsakte zu.

Die Theorie der circonstances exceptionnelles ist natürlich aus den praktischen Notwendigkeiten zu erklären, die man mit Hauriou (62) folgendermaßen systematisch erfassen kann. Die Exekutive ist nicht auf Gesetzesvollziehung beschränkt. Sie hat z w e i Aufgaben:

(59) Rec. S. 63
(60) Rec. S. 246; siehe weiter Nizard, Les circonstances exceptionnelles Paris 1959
Gabolde, L'exception d'urgence en droit administratif D. 1952 Chron. S. 41

1. Den Gang der Verwaltung und der Regierung zu sichern.
2. Für die Ausführung der Gesetze zu sorgen.

Nach Hauriou besteht zwischen diesen Aufgaben auch eine Rangordnung. Zuerst müsse für das Leben der Gemeinschaft gesorgt werden, dann erst dafür, daß nach den geltenden Regeln gehandelt werde. Das Leben vollziehe sich unter normalen Umständen immer nach den Regeln, unter anomalen Verhältnissen soweit als möglich. In Kriegszeiten könne die Exekutive solche Gesetze suspendieren, die den Gang der Verwaltung behindern könnten, etwa dadurch, daß sie dem Einzelnen weitergehende Rechte zusprächen.

Im deutschen Recht ist keine Parallele zur Theorie der circonstances exceptionnelles zu finden (63).

(61) Rec. S. 220

(62) Anm. zur Entscheidung Heyriès S. 1918/19 III S. 49

(63) Ein Grund dafür ist vielleicht, daß es eine Einrichtung mit ähnlicher Kontinuität wie den CE - der mehrere politische Umwälzungen unangefochten überstanden hat - in Deutschland nicht gibt.

D. DRITTER HAUPTTEIL

WIRKUNGEN DES REP

I. § 18. Allgemeines

Auch bei den Wirkungen des REP zeigt sich wieder der Grundsatz der Trennung von Gericht und Verwaltung. Der Verwaltungsrichter will sich nicht an die Stelle der Verwaltung setzen und deshalb auch nicht aktiv in ihren Handlungsbereich eingreifen. Das ist eine Nachwirkung der Erfahrungen mit der "justizförmigen Verwaltung" (administration en forme judiciaire), die durch die Parlamente des ancien régime praktiziert worden und die Ursache von ständigen Konflikten mit der aktiven Verwaltung gewesen war (1). Jedoch stützte und stützt die Verwaltungsrechtsprechung ihre Zurückhaltung nicht auf die Vorschriften, die insbesondere den ordentlichen Gerichten die Einmischung in die Verwaltung verbieten (Gesetze vom 16. - 24. August 1790, vom 16. Fructidor des Jahres III), sondern auf die "reinste Tradition des Richters" (2). Der CE spricht auch heute noch klar und deutlich aus, daß er der Verwaltung keine Anweisungen erteilen kann, CE vom 23. April 1965, Veuve Ducroux (3). Er beschränkt sich darauf, Verwaltungsakte zu annullieren - im Verfahren des REP - oder die Verwaltung zu einer Geldzahlung zu verurteilen - aufgrund eines recours de plein contentieux. So lehnt es der CE in ständiger Rechtsprechung ab, die Wiedereinstellung eines Beamten anzuordnen, dessen Entlassung annulliert worden ist, z. B. CE vom 24. Februar 1899, Viaud (4). Eine Verpflichtungsklage gegen die Verwaltung kann es nach dieser Auffassung überhaupt nicht geben.
Die Zurückhaltung der Rechtsprechung ist verständlich, soweit sie Fälle betrifft, in denen der Verwaltung Handlungs- und Entscheidungsfreiheit eingeräumt ist. Sie verliert ihren Sinn dort, wo der Verwaltung ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben ist. Dann muß aus der Aufgabe der Gerichte, für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu sorgen, auf die Befugnis geschlossen werden, der Verwaltung Anweisungen zu erteilen. Diesen Schritt hat man in Frankreich nicht getan. Daraus erwächst, wie sich zeigen wird, die Gefahr, daß die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, insbesondere solche aufgrund eines REP, nicht selten praktisch unwirksam bleiben (5).

---

(1) Auby-Drago Bd. 1 S. 148; oben B. I. 2.
(2) Laurent, Concl. zu CE vom 18. März 1955, Hamou ben Brahim, zit. bei Auby-Drago Bd. 1 S. 149
(3) D. 1965 S. 845
(4) S. 1899 III S. 107 Anm. Hauriou

Hier sind schwere Mängel in der Konstruktion des REP festzustellen. Angesichts der fest verwurzelten traditionellen Auffassung über die Stellung des Verwaltungsrichters ist eine Abhilfe nicht leicht.

(5) Grundlegend dazu Weil, Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir. Paris 1952
Siehe weiter
Rivero, Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le REP. D. 1962 Crhon. S. 37 ff.
Braibant, Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir. EDCE 1961 S. 53 ff.

(6) Über Ansätze einer Reform im Dekret vom 30. Juli 1963 siehe weiter unten.

II. § 19. Wirkungen der Einlegung des REP

Die Einlegung des REP hat keine aufschiebende Wirkung (1). Der Richter zensiert nur nachträglich das Handeln der Verwaltung. Wenn die Verfahren sehr lange dauern - was besonders bis 1953 der Fall war - so übt die Annullierung in manchen Fällen keine praktische Wirkung mehr aus. Auch die moralische Wirkung auf die Verwaltungsbeamten, die Scheu davor, durch den CE eines rechtswidrigen Verhaltens bezichtigt zu werden, ist gering, wenn die Annullierung nach einem Verfahren von mehreren Jahren nicht mehr den Beamten oder Minister trifft, der die Entscheidung erlassen hat, sondern seinen Nachfolger. Die Reform von 1953 hat diese Mängel dadurch gemildert, daß nun über die REP schneller entschieden werden kann.
In der Rechtsprechung des CE war jedoch seit langem anerkannt, daß in gewissen Fällen ein Aufschub der Ausführung von Verwaltungsakten (sursis de l'exécution) angeordnet werden könne. Der Aufschub ist nun für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten in Art. 22 f des Dekretes vom 28. November 1953 geregelt. Art. 22 bestimmt:

> Wenn eine vor das Verwaltungsgericht gebrachte Entscheidung weder die Aufrechterhaltung der Ordnung, noch die öffentliche Sicherheit und Ruhe betrifft und wenn ein ausdrücklicher Antrag gestellt wird, kann das Verwaltungsgericht ausnahmsweise anordnen, daß die Ausführung der Entscheidung aufgeschoben werden soll.

Im deutschen Recht ist die Lage umgekehrt. Dort ist die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage die Regel, § 80 Abs. 1 VwGO. Nur in streng geregelten Ausnahmefällen ist der Verwaltungsakt sofort vollziehbar, § 80 Abs. 2 VwGO.

Die Regelung des Aufschubs durch den CE ist in Art. 54 des Dekretes vom 30. Juli 1963 enthalten. In dieser Vorschrift sind jedoch keinerlei Beschränkungen für die Gewährung des Aufschubs angeordnet, vielleicht deswegen, weil der CE auf diesem Gebiet von jeher sehr zurückhaltend war. Zwei Voraussetzungen müssen nach der Rechtsprechung des CE gegeben sein (2):

---

(1) Siehe Art. 9 des Dekretes vom 30. September 1953 für den REP vor den Tribunaux administratifs.

(2) Braibant, Anm. zu CE vom 18. Juni 1954, Préfet du Var, S. 1954 III S. 83

1. Es muß ein nicht wiedergutzumachender, jedenfalls ein sehr schwerer Schaden drohen.
2. Die Annullierung muß wahrscheinlich sein (3).

Daran hat der CE auch nach 1953 festgehalten, obwohl die Verwaltungsgerichte bei der Gewährung des Aufschubs großzügiger vorgehen wollten, siehe z. B. die Entscheidung des CE vom 18. Juni 1954, Préfet du Var (4). Die Angestellten der Gemeinde Seyne-sur-Mer hatten gestreikt, der Bürgermeister hatte sich geweigert, Disziplinarmaßnahmen gegen sie zu ergreifen. Daraufhin hatte der Präfekt angeordnet, sie müßten das Gehalt, das sie auch für die Streiktage bezogen hätten, zurückzahlen. Dagegen hatten die Angestellten den REP zum Tribunal administratif von Nizza erhoben und Aufschub der Ausführung beantragt. Dieser war bewilligt worden mit der Begründung, die Betroffenen lebten in bescheidenen Verhältnissen und bräuchten das Gehalt zum Lebensunterhalt. Es drohe also ein schwerer Schaden. Der Präfekt erhob dagegen Berufung zum CE und bekam Recht. Der CE hob die Gewährung des Aufschubs auf, weil ihn der drohende Schaden nicht rechtfertigen könne.

In den Fällen, in denen der CE den Aufschub gewährt, handelt es sich meist um Bauerlaubnisse. Als Beispiel sei angeführt die Entscheidung des CE vom 29. Januar 1955, Préfet de Seine (5), in der der CE den vom Tribunal administratif von Paris gewährten Aufschub billigte. Der CE stellte fest, die Ausführung der Bauerlaubnis hätte Folgen, die praktisch nur sehr schwer zu beseitigen wären, wenn sie später annulliert werden sollte. Andererseits sei die zur Unterstützung des REP im ersten Rechtszug vorgetragene Begründung geeignet, eine Annullierung als wahrscheinlich erscheinen zu lassen.

Diese Rechtslage ist keineswegs befriedigend. Insbesondere Mathiot (6) hat die Gefahren gezeigt, die sich aus dem Fehlen der aufschiebenden Wirkung des REP ergeben. Mathiot tritt dafür ein, in bestimmten Fällen die suspensive Wirkung anzuerkennen. Auf bestimmten Gebieten verlangt er sogar vor Erlaß des Verwaltungsaktes eine richterliche Legalitätsprüfung. Außerdem schlägt er die Einführung von "einstweiligen Anordnungen" (jugements de référé) vor (vgl. § 123 VwGO).

---

(3) Rechtsprechung dazu in GA S. 416 f.

(4) Rec. S. 365; GA S. 413

(5) Rec. S. 35

(6) Anm. zu CE vom 21. Juli und 22. Dezember 1949, Soc. des automobiles Berliet, S. 1951 III S. 1 f.

II. § 20. Wirkungen der Entscheidung

Bei der Entscheidung über den REP gibt es nur drei Möglichkeiten.
1. Der REP wird abgewiesen.
2. Der Verwaltungsakt wird ganz annulliert.
3. Der Verwaltungsakt wird teilweise annulliert.

1. Die Wirkung der Abweisung

Ist der REP als unzulässig abgewiesen worden, so kann der Kläger natürlich jederzeit einen neuen REP einlegen. Anders ist es bei der Abweisung als unbegründet. Hier ist ein neuer REP für denselben Kläger nur zulässig, wenn er auf eine andere Begründung, auf eine andere cause juridique gestützt wird, siehe einerseits CE vom 27. Februar 1953, Abdouche (1), andererseits CE vom 21. Januar 1955, Muller (2). Der Begriff der "cause juridique" ist aus dem Zivilprozeßrecht übernommen worden. In Art. 1351 Code civil wird bestimmt, daß die Rechtskraft nur dann wirke, "wenn der Antrag auf dieselbe cause gestützt wird." Die cause ist also die Begründung, die zur Stützung eines Antrags vorgebracht wird (3). Aber sie umfaßt nur die unmittelbaren Voraussetzungen für die Begründetheit des Antrags, so wie sie in der Regel in einem gesetzlichen Tatbestand formuliert werden. So ist die cause für einen Ehescheidungsantrag das ehewidrige Verhalten oder der Ehebruch, für die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes der Irrtum, die arglistige Täuschung oder die Drohung. Die tatsächlichen oder rechtlichen Umstände, die das Vorhandensein der cause dartun sollen, heißen "moyens" (4).

Beim REP werden nur zwei causes juridiques unterschieden: Die Verletzung der äußeren Legalität, d.h. die Verstöße gegen Zuständigkeits- und Formvorschriften, und die Verletzung der inneren Legalität, zu der die beiden anderen klassischen Aufhebungsgründe - violation de la loi und détournement de pouvoir - gehören, also alle Mängel, die den Inhalt des Verwaltungsaktes oder den Beweggrund der Verwaltung betreffen. In der Tat ist auch nur zwischen diesen beiden Hauptgruppen der Fälle, in denen der REP begründet ist, eine einigermaßen scharfe Unterscheidung zu treffen (5).

(1) Rec. S. 108 (2) Rec. S. 41
(3) Cornu-Foyer, Procédure civile S. 405
(4) Daher auch die Bezeichnung "moyens d'annulation" für die einzelnen Aufhebungsgründe.
(5) Ein gutes Beispiel für die Unterscheidung zwischen äußerer und innerer Legalität bietet die Entscheidung des CE vom 23. April 1965, Veuve Ducroux, D. 1965 S. 845

Soweit der Kläger selbst einen - auf eine andere cause gestützten - neuen REP einlegen könnte, kann das ein Dritter erst recht (6). Ob der Dritte dagegen seinen REP auf dieselbe Begründung stützen kann, mit der ein Anderer schon abgewiesen wurde, ist zweifelhaft. Die Standardwerke des Verwaltungsrechtes nehmen dazu nicht Stellung. Dafür ließe sich anführen, dem Dritten müsse es möglich sein, den Prozeß besser zu führen als sein Vorgänger und dadurch eine Annullierung zu erreichen. Praktisch ist es aber so, daß der CE, wenn eine Rüge einmal erhoben worden ist, bei deren Prüfung selbst aktiv vorgeht, etwa die Verwaltung zur Stellungnahme oder zur Vorlegung von Urkunden auffordert. Es besteht also keine Gefahr, daß die Interessen des Dritten nicht gewahrt werden. Der CE scheint deshalb nicht bereit, dieselbe Kontrolle auf die Klage eines Anderen hin noch einmal vorzunehmen. So in der einzigen Entscheidung, die zu dieser Frage bekannt geworden ist, CE vom 6. Januar 1938, Doutre (7).

2. Die Annullierung

Die Annullierung vernichtet den Verwaltungsakt ex tunc (8). "Die Akte, die wegen excès de pouvoir annulliert worden sind, gelten als nie erlassen," sagte der CE in den Entscheidungen vom 26. Dezember 1925, Rodière (9), und vom 10. Dezember 1954, Cru (10). Die Verwaltung ist verpflichtet, die Lage herzustellen, die bestanden hätte, wenn der Verwaltungsakt nicht ergangen wäre. Das ist umso schwieriger, je mehr Zeit zwischen dem Erlaß des Aktes und der Annullierung vergangen ist. Im Fall der Entlassung eines Beamten ist es mit der Wiedereinstellung nicht getan. Es ist auch zu berücksichtigen, ob der Beamte inzwischen befördert worden wäre. Man spricht dann von "Wiederherstellung der Karriere" (reconstitution de la carrière). Diese ist auch dann notwendig, wenn eine Beförderung zu Unrecht ergangen ist. Dann wird das "tableau d'avancement", in dem sämtliche Beförderungen für die Beamten desselben Ranges in einem Verwaltungszweig enthalten sind, annulliert. Für solche Fälle gibt der CE der Verwaltung zwar keine bindenden Anweisungen, aber doch - ausnahmsweise - wie die Wiederherstellung der Karriere für die benachteiligten Beamten erfolgen soll. Vgl. die Entscheidungen des CE Rodière (9) und Cru (10).

(6) Dafür auch Weil a.a.O. S. 12

(7) In Rec. S. 1341 leider nur eine kurze Zsfg. Für diese Lösung auch Weil a.a.O. S. 32 f.

(8) Der anfechtbare Verwaltungsakt wird, obgleich zunächst wirksam, als "acte nul" bezeichnet. Siehe Laubadère, Traité S. 206. Unserem Begriff des nichtigen Verwaltungsaktes entspricht im französischen Recht der "acte administratif inexistant".

In dem Dekret vom 30. Juli 1963 über die Reform des CE, Art. 58, ist vorgesehen, daß die Verwaltung den CE ersuchen kann, sie über die Modalitäten der Ausführung einer Entscheidung des CE aufzuklären. Damit sollte der Verwaltung der Vorwand genommen werden, sie könne die Tragweite der Entscheidung nicht beurteilen und sie deswegen nicht in die Praxis umsetzen.

Die Annullierung eines Verwaltungsaktes kann dazu führen, daß schutzwürdige Interessen Dritter angetastet werden. Der CE versucht, dies nach Möglichkeit zu vermeiden. So führt die Annullierung einer abstrakten und generellen Vorschrift nicht dazu, daß auch die auf ihr beruhenden Einzelentscheidungen vernichtet werden, CE vom 3. Dezember 1954, Caussidéry (11). Jedoch geht das Interesse des Klägers an der Annullierung des angefochtenen Aktes grundsätzlich vor. Wenn ein Beamter rechtswidrigerweise entlassen wurde, so muß er nach der Annullierung denselben Posten - nicht nur einen gleichwertigen - wieder erhalten. Deshalb wird die Maßnahme, durch die seine Stelle einem Anderen übertragen wurde, auch annulliert, selbst wenn sie nicht ausdrücklich angefochten worden war, CE 20. Januar 1939, Hollender (12), und CE vom 27. Mai 1949, Véron-Réville (13).

3. Teilweise Annullierung

Der angefochtene Verwaltungsakt wird nur teilweise annulliert, wenn nur ein Teil rechtswidrig ist, der vom Ganzen trennbar ist. Das ist etwa der Fall, wenn nur einzelne Vorschriften einer Verordnung rechtswidrig sind. Es ist aber auch möglich, den Verwaltungsakt nur eines Teiles seiner Wirkungen zu berauben. Wird gegen das Verbot der Rückwirkung von Verwaltungsakten verstoßen, so annulliert der CE den Verwaltungsakt insoweit, als ihm Rückwirkung beigelegt ist, läßt ihn aber im übrigen bestehen, CE vom 28. Februar 1947, Ville de Lisieux (14), und CE vom 20. Juli 1951, Ducommun (15). Wenn nur teilweise Annullierung des Aktes verlangt wird, der angefochtene Verwaltungsakt aber unteilbar ist, so erfolgt Abweisung, da der Richter nicht ultra petita erkennen darf, CE vom 12. Oktober 1962, Ministre de la Construction (16).

---

(9) Rec. S. 1065; GA S. 183
(10) D. 1955 S. 198 Concl. Jacomet, Anm. Weil
(11) D. 1955 S. 204
(12) D. H. 1939 S. 230; S. 1939 III S. 38
(13) D. 1950 S. 95 Anm. Rolland; S. 1949 III S. 81; Gaz. Pal. 1949 II S. 34 Concl. Odent
(14) Rec. S. 83 (15) Rec. S. 422 (16) Rec. S. 537

4. Praktische Schwierigkeiten bei der Ausführung der Entscheidungen (17)

a) Die lange Dauer der Verfahren

Beim Studium des Recueil Lebon stellt man fest, daß vor 1953 die Fälle nicht selten waren, in denen ein Verwaltungsakt drei, ja fünf Jahre nach seinem Erlaß annulliert wurde. Unter diesen Umständen ist es sehr schwer, oft unmöglich, die Lage herzustellen, die bestanden hätte, wenn der Verwaltungsakt nicht ergangen wäre. Man denke nur an die "Wiederherstellung der Karriere". Die Annullierung verliert ihren Sinn vollständig, wenn der klagende Beamte inzwischen das Pensionsalter erreicht hat oder dienstunfähig geworden ist. Das gleiche gilt erst recht von Verwaltungsakten auf dem Gebiet des Polizeirechtes. Seit der Reform von 1953 hat sich die Dauer der Verfahren jedoch erheblich verkürzt.

b) Die Publizität der Entscheidungen

Sie erscheint nicht ausreichend, insbesondere was die Entscheidungen betrifft, durch die eine Verordnung annulliert wurde. Die Entscheidungen des CE werden nur im Recueil Lebon veröffentlicht, wenn sie für die Fortentwicklung des Verwaltungsrechtes von Bedeutung erscheinen. So kommt es vor, daß nicht beteiligte Verwaltungsbehörden und Staatsbürger von der Annullierung einer Verordnung keine Kenntnis erhalten. Erst seit 1960 wird die Aufhebung von Verordnungen im "Bulletin rose" bekannt gemacht, das insbesondere an die Mitglieder der Verwaltungsgerichte und an die bei diesen Gerichten zugelassenen Anwälte, sowie an gewisse Behörden gesandt wird; außerdem wird sie in der Zeitschrift "Conseil d'Etat - Etudes et Documents" publiziert. Eine einwandfreie Lösung wäre nur, die Annullierung in derselben Form zu veröffentlichen, wie den Text der Verordnung.

c) Der Ungehorsam der Verwaltung

Das berühmteste Beispiel ist der Fall des Feldhüters Fabrègues (18), den sein Bürgermeister zehnmal nacheinander je für einen Monat vom Dienst suspendierte, weil die Voraussetzungen für die Entlassung nicht gegeben waren. Der CE annullierte diese Verwaltungsakte. Das hinderte den Bürgermeister nicht daran, sein rechtswidriges Handeln fortzusetzen.

(17) Siehe insbes. Braibant, a.a.O., Rivero a.a.O.

(18) CE vom 23. Juli 1909 und vom 22. Juli 1910, S. 1911 III S. 121 Anm. Hauriou

Er suspendierte den Feldhüter noch siebenmal, und auch diese Maßnahmen wurden vom CE annulliert. Hier zeigt sich: Gegenüber einer Verwaltungsbehörde, die entschlossen ist, ihren Willen durchzusetzen, ist der CE in einer schwachen Position. Auf die Gründe wird noch einzugehen sein.
Nicht nur subalterne Verwaltungsbehörden, sondern auch hohe Stellen der Zentralverwaltung mißachten ab und zu die Entscheidungen des CE. Ein Beispiel ist die Entscheidung vom 22. Juli 1949, Soc. des Automobiles Berliet et Cie. (19), in der der CE die von der Verwaltung verfügte Einsetzung eines "provisorischen Verwalters" für das Unternehmen annullierte. In einem acht Tage später ergangenen Erlaß gingen die zuständigen Minister davon aus, daß der Zustand der provisorischen Verwaltung weiterbestehe. Dagegen wurde erneut ein REP eingelegt und der CE annullierte den Erlaß der Minister in der Entscheidung vom 28. Dezember 1949 (20).
Ein weiteres Beispiel bietet die schon mehrmals zitierte Entscheidung des CE vom 17. Februar 1950, Dame Lamotte (21). Nach den Conclusions des Commissaire du Gouvernement Delvolvé war diese Entscheidung "die letzte Episode eines Konfliktes zwischen einer hartnäckigen Verwaltung und dem CE." Der Präfekt des Departement Ain hatte aufgrund einer Vorschrift über die Verwertung unbebauten Landes das Grundstück der Klägerin einem Dritten zur Bewirtschaftung übertragen. Der CE hatte diesen Verwaltungsakt annulliert. Daraufhin hatte der Präfekt das Grundstück beschlagnahmt, um es dem Dritten belassen zu können.
Auch die Beschlagnahme war annulliert worden. Endlich hatte sich der Präfekt auf ein neues Gesetz gestützt, das gegen die Zuweisung unbebauten Landes an einen Dritten jeden Rechtsbehelf auszuschließen schien. Der REP wurde aber trotzdem zugelassen und die Zuweisung annulliert. Nur waren inzwischen seit dem ersten Verwaltungsakt 19 Jahre vergangen.
Die wiederholte Annullierung von Verwaltungsakten ist ein Mittel, um die Verwaltung zur Beachtung der Entscheidungen anzuhalten, aber es ist nicht immer sehr wirksam. Die Rechtsprechung ist daher dazu übergegangen, die Verwaltung zu Zahlung von Schadenersatz zu verurteilen, wenn sie sich nicht an die Urteile hält. Ein Beispiel: Marcel Rousset, Arbeiter in einem Betrieb der öffentlichen Hand, war entlassen worden, weil er an einer Streikbewegung teilgenommen hatte. Der CE annullierte die Entlassung in einer Entscheidung vom 25. März 1955 (22), weil die Verfahrensvorschriften für die Entlassung nicht eingehalten worden waren. Am 8. Februar 1961 (23) mußte

(19) S. 1951 III S. 1 Anm. Mathiot
(20) S. 1951 III S. 1; D. 1950 S. 383 Anm. Weil
(21) RDP 1951 S. 487 Concl. Delvolve S. 479
(22) Rec. S. 178
(23) Rec. S. 85, Concl. Braibant

sich der CE aber noch einmal mit diesem Fall beschäftigen. Die Verwaltung hatte sich geweigert, Rousset wiedereinzustellen. Der zuständige Minister machte geltend, die Entlassung sei dem Grunde nach gerechtfertigt gewesen. Wegen des Amnestiegesetzes vom 6. August 1953 sei es jetzt unmöglich, andere Disziplinarmaßnahmen gegen Rousset zu ergreifen. Die Wiedereinstellung des Klägers sei der Arbeit des Betriebes schädlich. Der CE hielt aber diese Gründe nicht für durchschlagend. Er annullierte die Ablehnung der Wiedereinstellung und verurteilte die Verwaltung zur Zahlung von 30.000 Francs als Schadenersatz. Ähnlich im Fall Ducaut, CE vom 17. März 1961 (24): Die Entlassung des Klägers, eines Gemeindesekretärs, war vom Tribunal administratif von Clermont-Ferrand annulliert worden. Die Gemeinde lehnte jedoch seine Wiedereingliederung ab. Darauf erhob der Kläger einen Schadenersatzanspruch, der vom Tribunal administratif abgelehnt wurde.
Der CE jedoch erklärte ihn im Berufungsverfahren für dem Grunde nach gerechtfertigt.
Nur geht die Verwaltung ab und zu auch bei der Ausführung solcher Entscheidungen sehr widerwillig und zögernd vor. Ein Beispiel dafür ist die Entscheidung des CE vom 2. Mai 1962, Caucheteux et Desmonts (25). Durch Entscheidung vom 21. Januar 1944 (26) hatte der CE die Verwaltung zum Ausgleich des Schadens verurteilt, der den Klägern durch ein Gesetz erwachsen war, das gegen den Grundsatz der gleichen Verteilung der öffentlichen Lasten verstoßen hatte. Der CE hatte aber die Höhe des Schadens nicht selbst feststellen können und die Kläger daher an den Landwirtschaftsminister verwiesen. Es folgte ein jahrelanges Feilschen, bis die Kläger endlich eine neue Klage erhoben. Der CE verurteilte die Verwaltung wiederum und gestand den Klägern neben den Verzugszinsen noch einen besonderen Ausgleichsanspruch (dommages-intérêts compensatoires) wegen der verspäteten Zahlung zu, analog Art. 1153 Abs. 4 des Code civil. Aus der Verzögerung von 18 Jahren ergebe sich der offensichtliche böse Wille der Verwaltung.

Verschiedene Vorschläge wurden gemacht, wie man die Verwaltung zur Beachtung verwaltungsgerichtlicher Urteile zwingen könne. Hauriou (27) meinte, man solle den verantwortlichen Beamten persönlich (für "fautes personnelles", im Gegensatz zu den "fautes de service") zur Zahlung

(24) Rec. S. 189
(25) RDP 1963 S. 285 Anm. Waline S. 279
(26) Rec. S. 22
(27) Anm. zu der Entscheidung Fabrègues, S. 1911 III S. 121

von Schadenersatz heranziehen. Die Rechtsprechung ist diesem Vorschlag nicht gefolgt. Es ist auch schwierig, immer den Beamten herauszufinden, der für die Unterlassung der Ausführung letztlich verantwortlich ist. Weiter wurde vorgeschlagen (28), der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine gewisse Rolle bei der Ausführung der Entscheidungen einzuräumen und durch sie einen Bericht über die Fälle erstatten zu lassen, in denen sich die Verwaltung gerichtlichen Urteilen widersetzt habe.
Diese Anregungen wurden in dem Dekret vom 30. Juli 1963 zum Teil verwirklicht. In Art. 3 wird die Errichtung eines Ausschusses beim CE angeordnet, der einen jährlichen Bericht über dessen Tätigkeit zusammenstellen und der Regierung vorlegen soll (29). Darin sollen auch die Fälle erwähnt werden, in denen die Ausführung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen auf Schwierigkeiten stößt. In Art. 58 ist vorgesehen, daß nach Annullierung eines Verwaltungsaktes der betroffene Minister den CE ersuchen kann, die Verwaltung über die Art der Ausführung der Entscheidung aufzuklären. Der Vizepräsident des CE und der Präsident der "Section du contentieux" können den Präsidenten der in Art. 3 vorgesehenen Kommission auffordern, die Verwaltung auf die aus einer Entscheidung zu ziehenden Folgerungen hinzuweisen. Ein Mitglied des CE kann zur Verwaltung abgeordnet werden, um an der Ausführung der Urteile mitzuwirken.
Art. 59 bestimmt, daß die Kläger nach Ablauf einer Frist von sechs Monaten seit Verkündung einer ihnen günstigen Entscheidung der in Art. 3 vorgesehenen Kommission die Schwierigkeiten mitteilen können, auf die sie bei der Ausführung der Entscheidung stoßen. Dann kann für diesen Fall ein Berichterstatter bestimmt werden. Nötigenfalls wird die Angelegenheit im Jahresbericht des CE erwähnt.

Die Fälle des Ungehorsams der Verwaltung sollen also vor die Regierung gebracht werden. Das verspricht aber nur dann Erfolg, wenn diese selbst großen Wert auf strikte Ausführung verwaltungsgerichtlicher Urteile legt. Das darf, angesichts der Fälle Rousset und Caucheteux et Desmonts, bezweifelt werden.

Die im deutschen Verwaltungsprozeßrecht verwirklichte Lösung ist folgerichtiger und wirksamer. Geldforderungen können auch gegenüber der Verwaltung vollstreckt werden, §§ 167, 170 VwGO. Die Verwaltung kann zur Vornahme einer Handlung, auch zum Erlaß eines Verwaltungsaktes,

(28) Braibant, EDCE 1961 S. 53
(29) Der Bericht wird jedoch leider nicht veröffentlicht.

verurteilt und die Ausführung kann durch die Verhängung eines Zwangsgeldes erzwungen werden, §§ 113 Abs. 4, 172 VwGO. Eine ähnliche Lösung forderte Mathiot (30) auch für das französische Recht. Mit Recht stellt er fest, die scharfe Trennung zwischen Richter und Verwaltung, die es dem Richter verbiete, der Verwaltung Anweisungen zu erteilen, sei zur Zeit Napoleons III. gerechtfertigt gewesen. Heute bestünden die damaligen Gründe nicht mehr. Der Richter müsse die Verwaltung durch Verhängung einer Zwangsstrafe (astreinte) zu den durch das Recht vorgeschriebenen Handlungen anhalten können.
Im Augenblick scheint es nicht so, daß die Exekutive, die nach Art. 37 der Verfassung zur Regelung zuständig ist, wirklich durchgreifende Maßnahmen treffen will, um den Entscheidungen der Verwaltungsgerichte in jedem Fall zu der Wirkung zu verhelfen, die ihnen wegen ihrer Bedeutung für den Schutz des Staatsbürgers gebührt.

d) Bestätigung von Verwaltungsakten durch den Gesetzgeber

Die Wirkung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen wird manchmal dadurch beseitigt, daß angefochtene oder bereits annullierte Verwaltungsakte durch Gesetz bekräftigt werden (vgl. die oben B. I. 4. § 7. aufgeführten Fälle). Die Rechtsprechung ist dagegen ohnmächtig, da sie sich zur Kontrolle von Gesetzen nicht für berufen hält. Braibant (31) schlägt vor, eine ständige Verbindung zwischen den Ausschüssen des Parlaments und dem CE herzustellen, damit die Parlamentarier über die Tragweite der lois de validation besser aufgeklärt werden. Weiter meint er, die Rechtsprechung könne in solchen Fällen Schadenersatz wegen Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit vor den öffentlichen Lasten zuerkennen.
Das sind Palliativ-Mittel, die ihren Wert haben, die aber die Ursachen für die schwache Stellung des Richters gegenüber dem Gesetzgeber nicht beseitigen. Anzeichen für eine Stärkung der Position des Richters sind vorhanden. Die weitere Entwicklung bleibt ungewiß. Hier liegt ein Grundproblem des französischen öffentlichen Rechtes.

---

(30) In der schon zitierten Anm. S. 1951 III S. 1 ff.
(31) a.a.O. S. 64

LEBENSLAUF

Ich, Rudolf Schmidt, wurde am 4.6.1938 als zweiter Sohn des Arbeiters Xaver Schmidt und seiner Ehefrau Franziska, geb. Straßer, in Burghausen geboren. Dort besuchte ich die Volksschule von 1944 - 1949, die Oberrealschule von 1949 bis zum Abitur 1958.

Nach einjährigem Wehrdienst begann ich im Wintersemester 1959/60 das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität München. Im Herbst 1963 legte ich in München die erste juristische Staatsprüfung ab und trat im Januar 1964 den Vorbereitungsdienst an.
Von November 1964 bis August 1965 studierte ich mit Hilfe eines Stipendiums der französischen Regierung an der juristischen Fakultät Aix-en-Provence und bereitete meine Dissertation vor.
Ab August 1965 setzte ich den Vorbereitungsdienst fort.
Von Januar bis Juni 1966 arbeitete ich als Lektor an der juristischen Fakultät Aix-en-Provence. Zugleich war ich in der Kanzlei eines Advokaten in Aix-en-Provence tätig.
Im Juli 1966 nahm ich meinen Vorbereitungsdienst in München wieder auf.